



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

**Universidad del Perú. Decana de América**

Dirección General de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Unidad de Posgrado

**La Excepción de orden público en la contratación  
internacional**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia  
Política

**AUTOR**

Octavio Galvarino DELGADO GUZMAN

**ASESOR**

Dr. Oscar LEYTON ZARATE

Lima, Perú

2007



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Delgado, O. (2007). *La excepción de orden público en la contratación internacional*. Tesis para optar grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

---

*Para quien me devolvió  
las ganas de vivir*

## PRESENTACIÓN

La presente Tesis tiene por principio establecer un estudio que permita averiguar si la libertad de contratación y/o la libertad de contratar son de absoluto respeto incluso por encima del “Orden Público” y por lo tanto si no están restringidas por ninguna regla; esto que se conoce como libertad sin límites tiene que ser para lograr básicamente que el “Orden Público” no tenga una adecuada aplicación lo cual nos conlleva a plantearnos qué debemos hacer cuando se da un conflicto con la soberanía jurídica de un estado y la libertad sin límites.

De otro lado, encontramos que actualmente siempre se otorga una gran cobertura a la inversión privada extranjera porque se considera que es la única alternativa para el desarrollo y el progreso de nuestro país y de los países pobres en general, sin embargo se debe admitir en principio en cada uno ellos existe un sistema jurídico interno y además principios, costumbres y usos que deben ser objetos de observancia obligatoria. Como paradigma de tales hechos se establecen que existen países en el mundo donde el progreso y el desarrollo económico han sido precluidos de un absoluto desgajamiento y postergación del sistema jurídico imperante en aras de lograr una adecuada cobertura legal permisible al famoso principio de “dejar hacer y dejar pasar”<sup>1</sup> como base del crecimiento económico de los Estados que hoy pretendidamente se ubican en el trance de dejar de ser Estados del “tercer mundo” para lograr ser del “primer mundo”.

También debe señalarse que los criterios de realización del “Orden Público” pasan objetivamente porque nuestros operadores establezcan diferentes orientaciones que permitan establecer un nuevo horizonte a partir de los distintos planteamientos de carácter legal, y marcar una diferencia con los aspectos de carácter legítimo y legal que representan a nuestro sistema jurídico en el Perú.

---

<sup>1</sup> Doctrina del liberalismo económico que ha permitido que se realicen todo tipo de uso de reglas económicas basadas en el presupuesto de la autonomía de la libertad.

Siendo variables los distintos aspectos que intervienen en la realización de los objetivos de carácter general y especial que se plantean frente a una vorágine de legislación que pretende atosigarnos de referentes históricos, políticos y económicos descubriéndonos ante una realidad totalmente cerrada y sin mayor orientación frente a criterios de distinta naturaleza jurídica y social, la misma que no es interpretada adecuadamente y que no logra realizarse como elemento susceptible de lograr un efecto de mayor trascendencia en la caracterización del desarrollo del Estado.

De otro lado, urge una revisión de conceptos sobre todo, cuando asistimos a una etapa en la cual los pueblos, han renovado su idea de progreso frente a los distintos factores que ocurren en el mundo; así encontramos que, por ejemplo, ya no existe una apuesta por el belicismo tan natural en los pueblos de la antigüedad, y/o frente a la posición de la religión que en un determinado momento debe enfrentarse como la solución –igual que el medioevo– de los álgidos problemas de renovación de la idea de progreso que tenemos los hombres y también la vuelta a la apuesta de distintos mecanismos belicistas –como la Primera y Segunda Guerra Mundial–; hoy los pueblos del mundo tienen -mucho- fe en los procesos de integración para lograr el ansiado progreso y desarrollo, es dentro de este marco que encontramos no bien terminada la Segunda Guerra Mundial que en el continente europeo se produce una modificación en los rumbos y se busca alcanzar primero el progreso por la vía de la integración de carácter económico, luego social y finalmente político<sup>2</sup>.

Además, debemos decir que frente a una realidad donde operan claramente dos modelos que se pretenden integrar; el angloamericano –*common law*– y el europeo continental –*civil law*– se presenta una situación bastante preocupante donde se hallan distintos elementos que preceden una diferente realidad económica, social y política que trasciende más allá de los problemas de cada uno de los pueblos, más si nuestro país no tiene una visión clara por donde deberá enrumbar su destino sino que existe un vacío de dirección por cuanto no existe una clara decisión de los órganos de gobierno de la más alta instancia.

---

<sup>2</sup>La integración económica que ha significado una nueva alternativa para el progreso y desarrollo de los pueblos en el mundo

La la noción de Orden Público debe ser retomado por nuestros operadores jurídicos como una forma de realizar cualquier proceso de integración con el suficiente cuidado y esmero a fin de no incurrir en posibles deterioros de la situación social de nuestro país, que no significa sino tener la entereza de conocer los mecanismos de orientación integracionista para no incurrir en errores de distinta naturaleza y así lograr establecer criterios que puedan operar mejor nuestra realidad y no caer en casos como el de “los pollos” ocurrido en el marco del MERCOSUR, y que trajo como consecuencia ocurriera la crisis más profunda entre los estados conformantes del referido bloque económico, al haberse realizado el aprovechamiento indebido de los mecanismos de integración en beneficio de un Estado en desmedro de otro.

Por otro lado, debemos acotar que en este mundo globalizado, entendiéndose sujeto al imperialismo, se plantea establecer criterios de distinta índole para beneficiar a los estados con mayor protagonismo económico-social, surgiendo el establecimiento de diferentes mecanismos de desarrollo alternativo, que marcan en forma directa el proceso económico de los países que tienen menor poder de decisión en los momentos cruciales, significando con ello que se produce el aprovechamiento de los procesos de integración con el propósito de generar favorecimientos a los países más avanzados.

Borda<sup>3</sup> de manera muy importante ha dicho “Con razón ha podido decir BIBILONI que los jurisconsultos más famosos no saben que es esto del Orden Público” señalando a renglón seguido que “la dificultad de definir y precisar el concepto de Orden Público ha desesperado a los jurisconsultos que se han ocupado del tema (...). Las definiciones que se han intentado adolecen de una vaguedad desconcertante” y es que su importancia radica en que resulta siendo un límite infranqueable para la autonomía de la voluntad y que está presente en todos los negocios jurídicos diferenciando lo permitido de lo

---

<sup>3</sup> BORDA, Guillermo. “Derecho Internacional Privado”, cit. Pág. 48.

prohibido, lo válido de lo inválido, actuando a veces desde el poder público para modificar las relaciones jurídicas.

Ni la doctrina ha podido elaborar un concepto certero de Orden Público, ni ha sido estudiado de un modo orgánico o sistemático, debiendo de diferenciarse entre “leyes de Orden Público” y “Orden Público”; también se le ha identificado con los “principios fundamentales”<sup>4</sup> o con el “interés general” o se lo ha estudiado como una noción única que comprende materias jurídicas tan diversas como las que se refieren a la limitación de la autonomía de la voluntad y de otro lado la aplicación del Derecho extranjero, de lo que puede columbrarse que todas las fórmulas del tratamiento no han abandonado el esquema gnoseológico del positivismo jurídico pues todas han planteado el esquema en términos de causa y efecto.

Es pues la finalidad del presente trabajo hurgar cómo el Orden Público es una “institución jurídica” limitativa de la autonomía de la voluntad en su intervención en la contratación internacional, muy proclive a actuar fuera de los márgenes permisibles de la legislación nacional interna del Estado peruano, debiendo además asumir que en el Derecho internacional no existe correlato para efectuar una determinada formulación de si existe o no la posibilidad de concretizarse un mayor desarrollo de las leyes históricas y políticas de un desarrollo vinculante y respetuoso de lo moral, lo social, lo cultural, como ejes de un progreso definido.

---

<sup>4</sup> RUCHELLI, Humberto Fernando. “El Orden Público”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991. Pág. 81.



<b>ÍNDICE</b>
---------------

<b>TITULO .....</b>	<b>Pag.</b>
<b>TITULO .....</b>	<b>1</b>
<b>Agradecimiento y Dedicatoria.- .....</b>	<b>2</b>
<b>Presentación.- .....</b>	<b>3</b>
<b>Índice.- .....</b>	<b>7</b>
<b>I.-INTRODUCCION .....</b>	<b>12</b>
<b>Cap.I.</b> <b>FORMULACION DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACION DEL ESTUDIO.....18</b>	
<b>I.1Formulación del Problema.- .....</b>	<b>18</b>
<b>I.2 Justificación del Estudio.- .....</b>	<b>19</b>
<b>I.3.-OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS.....</b>	<b>20</b>
<b>I.3.1 Objetivos Generales.....</b>	<b>20</b>
<b>I.3.2 Objetivos Específicos.....</b>	<b>21</b>
<b>I.4.-LIMITACIONES DE LA INVESTIGACION.....</b>	<b>21</b>
<b>Cap.II. ANTECEDENTES Y MARCO TEORICO .....25</b>	
<b>II.1.-ANTECEDENTES HISTORICOS .....</b>	<b>25</b>
Doctrinas Contemporáneas.....	79
1° Etapa de Doctrinas Contemporáneas.....	79
Doctrina Latina .....	81
Doctrina Germana. ....	82
2° Etapa de Doctrinas Contemporáneas.....	84
<b>II.2.-MARCO TEORICO.- .....</b>	<b>86</b>
<b>Orden Público.....</b>	<b>86</b>
El Orden Público tiene empatia con el Derecho Público.....	86
El Orden Público representa la voluntad del legislador.....	86
Criterio Intuitivo.-.....	87
Criterio Casuista.-.....	87
Doctrina del Interés General.- .....	112
<b>El “Nomen Juris” del Orden Público.....</b>	<b>116</b>
Definición.- .....	116

El Orden Público esta sujeto a mutabilidad..	129
El Orden Público en general.....	132
El concepto diferencial.....	133
El Orden Público concepto fundamentalmente problemático..	134
El Orden Público como norma de colisión.....	135
El Orden Público y la extensión de la ley.....	137
Determinación espacial y temporal del Orden Público.....	137
La concreción judicial del Orden Público..	138
Elaboración doctrinal y jurisprudencial del Orden Público.	139
El Orden Público y las leyes de Orden Público.....	140
El Orden Público y las leyes de aplicación inmediata.....	141
El Orden Público y las leyes imperativas.....	142
El Orden Público y las Buenas Costumbres.....	147
El Orden Público y la Moral.....	150
El Orden Público y el Fin de la ley.....	151
ASPECTO DE CONTENIDO.-	153
Contenido del Orden Público	174
El Orden Público territorial.....	175
ASPECTO DE FUNCIÓN.-	176
Naturaleza jurídica del Orden Público.....	185
La Cláusula de Reserva.....	192
EL Orden Público en el sentido del derecho Internacional Privado.....	195
FUENTES DEL ORDEN PÚBLICO.....	200
La Ley Única, fuente Originaria.....	202
Principios Generales...	202
Fuentes derivadas.....	204
a) Normas Delegadas Públicas.....	204
b) Jurisprudencia.....	205
Orden Público-Institucion y Orden PublicoObjeto.-	206
Orden PublicoObjeto.-	206
Orden Público institucional.-	206

<b>Cap. III DERECHO COMPARADO</b>	207
-----------------------------------	-----

<b>PAISES DEL COMON LAW</b>	207
EUROPA.....	207
AMERICA.....	208
<b>PAISES DEL CIVIL LAW.-</b>	209
EUROPA.....	209
AMERICA.....	228
AFRICA.....	233
ASÍA.....	234

<b>Cap. IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.</b>	235
--------------------------------------------------	-----

<b>IV-1.-HIPOTESIS</b>	236
------------------------	-----

<b>IV-2.-VARIABLES.-</b>	238
--------------------------	-----

<b>Cap. V.ANALISIS Y DESARROLLO DEL TEMA DE TESIS</b>	239
-------------------------------------------------------	-----

<b>V1 CLASES DE ORDEN PÚBLICO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</b>	239
--------------------------------------------------------------------	-----

<b>V 2 El Orden Público internacional y Orden Público interno</b>	245
Orden Público Interno	246
Orden Público Internacional	248
Diferencia entre Orden Público interno y el Orden Público Internacional.-	249
Orden Público Absoluto.-	269
Orden Público Relativo.-	274
Efecto Atenuado del Orden Público relativo.-	276
Orden Público Tradicional y Orden Publico Economico y Social...	277
Orden Publico Tradicional	277
Orden Público Economico y Social	278
<b>V 3.- Excepción del Orden Público</b>	279
a. Definición	279
b. Orden Público.-La Institución desconocida	280
c. Condiciones para su funcionamiento y configuración	281
d. Aplicación	285
e. Consecuencias de su aplicación	287
Sanciones por su violación.-	298
f. Consecuencias del Orden Público.-	305
Evicción de la ley extranjera normalmente competente	305
Efectos jurídicos en General	307
g. Imperatividad de las Normas.-	307
Normas Imperativas	314
Normas Imperativas-Dispositivas	315
Normas Imperativas Unilaterales limitadas y Ilimitadas	316
h. Fines del Orden Público	322
Que es lo que se defiende con el Orden Público	322
Como se produce y realiza esa acción de defensa	322
Frente a que realidades y en que supuestos se invoca esta acción de defensa de Orden Público	324
Limitaciones del Orden Público.-	325
<b>V 4.- El Orden Público</b>	329
Como Excepción	329
Carácter Funcional de la excepción de Orden Público.-	332
Como Principio.-	351
Como Efecto.-	358
Como Reglas de Orden Público adjetivo y sustantivo.-	360

Inexistencia del Fraude.- .....	364
Existencia del Fraude.- .....	366
Como conjunto de disposiciones.- .....	367

<b>Cap. VI.Orden Público y reciprocidad .....</b>	<b>368</b>
---------------------------------------------------	------------

<b>VI 1.- Orden Público y la Doctrina de Interés Nacional .....</b>	<b>370</b>
<b>VI 2.- Orden Público y fraude a la ley .....</b>	<b>374</b>
<b>VI 3.- Orden Público y la arbitrariedad de la sentencia</b>	
<b>extranjera.-.....</b>	<b>375</b>
Arbitrariedad Fctica.....	375
Arbitrariedad Normativa.....	375
Arbitrariedad General .....	376
<b>VI 4.-La excepción del Orden Público en la legislación peruana</b>	
<b>del Derecho Internacional Privado.....</b>	<b>376</b>
<b>VI 5.-El Orden Público en la legislación Internacional</b>	
<b>de Derecho Internacional Privado.....</b>	<b>385</b>
<b>VI 6.-Alusión al problema de la aplicación de leyes políticas</b>	
<b>y derecho público.....</b>	<b>392</b>
<b>VI 7.-El Orden Público y otros problemas generales.....</b>	<b>394</b>
<b>VI 8.- El Orden Público y el derecho constitucional.....</b>	<b>396</b>
Nulidad de Renuncias Anticipadas.....	397
Aplicación de oficio de la norma Constitucional.....	398
Aplicación de la ley contraria a la Norma Constitucional.....	399
<b>VI 9.-El Orden Público y el derecho internacional Privado.....</b>	<b>409</b>
Desde la esfera de la naturaleza.....	409
Desde la esfera de la Concepción funcional.....	411
En la esfera de la metodología .....	412
<b>VI 10.-El Orden Público y el derecho Internacional Público.....</b>	<b>415</b>
La Seguridad Jurídica.- .....	417
<b>VI 11.-Formas de Legislación del Orden Público.-.....</b>	<b>420</b>
Como cláusulas de reserva General.-.....	421
Como Cláusulas especiales de Reserva.-.....	424

<b>Cap. VII .EFECTOS DEL ORDEN PÚBLICO .....</b>	<b>427</b>
--------------------------------------------------	------------

Efecto General.....	427
Efecto Atenuado.....	435
Efecto Reflejo... ..	437
El Orden Público como efecto.....	438
Los usos jurídicos y el Orden Público.....	438

<b>Cap.VIII .PERFILES DE LA CATEGORÍA DEL ORDEN PÚBLICO.....</b>	<b>442</b>
------------------------------------------------------------------	------------

Caracteres del orden público como categoría jurídica.....	442
Es Autónomo.....	442
Es Subordinante.....	443

Limita la libertad Individual.....	443
Es irrenunciable .....	443
Inconfirmable y imprescriptible.....	443
Produce la nulidad de todo acto que se le oponga por ser nulo de nulidad absoluta.....	443
Es dinámico y variable.....	443
Vigor extraordinario.....	444
Es paralelo a la ilicitud.....	445
Es eminentemente judicial.....	445
Es excluyente de la ley extranjero.....	446
Imposibilidad de definirlos en términos concretos.....	447
Es actual.....	447
Elasticidad.....	447
Territorialidad.....	447
Debe ser interpretada restrictivamente.....	448
<b>EL DERECHO CONFLICTUAL EN LOS TRATADOS Y LA EXCEPCION DEL ORDEN PÚBLICO.....</b>	<b>449</b>
<b>VIII 1.-El Orden Público y la Legislación Internacional sobre derecho contractual.-.....</b>	<b>450</b>
En América.-.....	451
En Europa.-.....	454
En el mundo.-.....	455
<b>VIII 2.-La Lex fori y los tribunales nacionales.-.....</b>	<b>457</b>
<b>VIII 3.-El Orden Público y el Derecho Contractual.-.....</b>	<b>460</b>
<b>VIII 4.-El Orden Público Internacional la libertad contractual y la libertad de contratar.-.....</b>	<b>467</b>
<b>VIII 5.-El Orden Público internacional y la existencia, validez y forma del contrato.- .....</b>	<b>472</b>
<b>VIII 6.-Coincidencias entre el Orden Público internacional y el orden público contractual.-.....</b>	<b>473</b>
<b>VIII 7.-Orden Público en el ámbito Comunitario .....</b>	<b>475</b>
Mercosur.....	475
Comunidad Andina de Naciones.....	476
<b>Cap.IX.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>477</b>
<b>IX-1Conclusiones.- .....</b>	<b>477</b>
<b>IX-2Recomendaciones.-.....</b>	<b>484</b>
<b>IX-3.-Bibliografía, hemerografía y anexos.-.....</b>	<b>492</b>
Bibliografía.....	492
Hemerografía.-.....	508
Anexos.-.....	510

## I. INTRODUCCIÓN

El tema materia de esta Tesis se denomina “La excepción de Orden Público en la contratación internacional”, de la cual se tiene que la noción de Orden Público, la doctrina ha señalado en diversas ocasiones que sobre el mismo falta un concepto certero, legal –unívoco– pero además tiene caracteres difusos por lo que siempre aparece como una noción imprecisa; siendo necesario llegar a este tema de acuerdo a un esquema didáctico comenzaremos haciendo un desarrollo de los antecedentes y marco teórico del Orden Público teniendo en cuenta de que no existe una definición establecida al respecto, citando en consecuencia diferentes concepciones y como es costumbre en nuestro quehacer jurídico se usan muchos conceptos sin mayor conocimiento que aquel que proviene de oídas sin tener la mayor conciencia de lo que se trata y qué es lo que acoge; a continuación trataremos también sobre la naturaleza jurídica del Orden Público, señalando las diversas teorías que se ocupan al respecto; luego abordaremos el tema El Orden Público en el sentido del Derecho Internacional Privado; no sin antes dejar de precisar que esta diferencia aparece en la línea del Derecho positivo constitucional, del Derecho civil e incluso de otras ramas del conocimiento jurídico.

El contenido del Orden Público será objeto de análisis pasando desde las Convenciones de La Haya hasta que la doctrina –basada en la filosofía positivista– admitió que no se podía dar una definición, concreta sobre el mismo.

Debe -entonces- la ciencia jurídica tener en cuenta el desarrollo generado por la epistemología que en nuestro país por lo demás ha adoptado un renovado espíritu pues se viene dictando en las Maestrías y Doctorados como una disciplina informativa de la cual hay que tener en cuenta mucho si tomamos debida nota del desarrollo de la “nueva filosofía de la ciencia” por los trabajos de epistemólogos muy importantes de los cuales nos ocuparemos

fundamentalmente de dos ellos: Harold Brown y Tomas Khun<sup>5</sup> quienes desarrollan la teoría de que existe Revoluciones Científicas que nos permiten conocer que cada tiempo de la historia de la humanidad estuvo orientado por un paradigma científico que en realidad influye sobre todos los ámbitos del conocimiento desde la religión hasta la filosofía; incluso la Nueva Filosofía de la Ciencia es la que nos puede ayudar a encontrar una noción de carácter filosófico para apoyar el conocimiento jurídico cuando este afronta cuestiones poco estudiadas o no muy definidas; nos referimos específicamente a la concepción de la teoría de las “relaciones de correspondencia”<sup>6</sup> que nos sirve para encontrar explicaciones como, por ejemplo, al concepto de Orden Público que resultaba hasta la fecha muy farragoso, teoría que por lo demás podría servir para solucionar otros temas de la ciencia jurídica, como es el caso del desarrollo de los principios generales del Derecho, el fraude a ley y otros.

Es una suerte de consenso internacional lo que ocurre en relación a la existencia de esta excepción, lo cual significa, sin embargo, que el tema no está exento de dificultades. La delimitación del Orden Público en relación al Derecho Internacional es para muchos juristas el centro neurálgico del sistema sin cuya cabal comprensión resulta imposible pretender aplicar correctamente las normas conflictuales del Libro X de nuestro Código. Esto es todavía más importante cuando comprobamos que el nuevo código Civil ha abierto la posibilidad de aplicar las leyes extranjeras a las relaciones familiares de los peruanos, campo que durante la vigencia del Código Civil de 1,936 estaba hermenéuticamente reservado al ordenamiento jurídico peruano, haciendo impenetrable nuestro sistema. La apertura jurídica que es la característica de nuestro actual ordenamiento jurídico obliga a tratar la excepción de Orden Público con especial atención, y es en este marco que esta institución adquiere su real importancia cumpliendo la función que se analizará durante la presente tesis.

---

<sup>5</sup> KHUN Thomas. “Las estructuras de las Revoluciones Científicas”. Fondo de Cultura Económica. 1ª edic. español, México D.F., 2000. Pág. 281.

<sup>6</sup> Planteamiento muy importante que será muy usado en el desarrollo de la presente tesis pues nos permite dar una explicación que no está vinculada con la caracterización que realiza el positivismo jurídico y que ha conllevado hasta ahora a una solución al tema del “Orden Público”.

Nuestro Código Civil ha establecido la excepción de Orden Público tal como se puede ver claramente en los artículos 2049, 2050, 2104 inciso 7.

Nuestra labor será entonces señalar los límites y restricciones contenidos en el concepto de “Orden Público” lo que supone un reto verdaderamente importante por lo que frente a tal situación habrá que actuar con bastante criterio y prudencia dejando de lado el apasionamiento y siempre teniendo la mirada puesta en la función de la excepción.

El jurista Conde y Luque<sup>7</sup> decía “Hora es ya de aclarar un concepto que desempeña tan importante papel en nuestra ciencia”, en ese entonces se hacía una cuestión muy grave del tema que ahora nos acoge pues se establecía que el Derecho Internacional Privado radicaba en determinar el Orden Público, pues se corría el riesgo de lograr la anarquía y/o la negatoria del derecho conflictual.

Se inicia entonces una preocupación por apoyar la concepción de Orden Público en principios metafísicos lo contrario podría significar convertirlo en una manifestación territorialista contraria al carácter universal que los juristas pretendían para el Derecho Internacional Privado.

La primera preocupación que se establece es averiguar la relación existente entre el concepto de Orden Público y los demás conceptos fundamentales, es pues en realidad necesario precisar la posición de Orden Público con atención a la comunidad de derecho, a la personalidad y a la territorialidad de las leyes.

Es importante recordar la forma cómo el jurista español Castro usa de la “letra de cambio” para indicar los riesgos que la aplicación de una norma de colisión nos plantea al ponerse en movimiento para dar vida y solución a una determinada relación social.

---

<sup>7</sup> CONDE y LUQUE. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 181.



La orientación es por encausar este problema dentro de una construcción normativa y de exactitud metodológica, pero desgajándola del positivismo.

La explicación de la arquitectura –si vale el término– de la norma de colisión y de su funcionamiento es lo que estimula y mueve el debate actual para encontrar el debido acoplamiento a los temas de interpretación de la norma de colisión, como es la calificación, autonomía de la voluntad, etc.

En ese ámbito se mueve también M. Philonenko<sup>8</sup> quien nos plantea la necesaria delimitación de la noción propuesta; al respecto J. Maury<sup>9</sup> dijo que había que delimitar entre los múltiples supuestos, abigarradamente comprendidos dentro de la expresión del Orden Público en este sentido debe anotarse que existe por parte de esta institución la preocupación por el resultado social que debe alcanzarse.

El propio sistema capitalista caracterizado por su egoísmo acobardado tiene al frente a la humanidad reclamando un nuevo complejo institucional y todo un sistema de lealtades más íntimas al hombre.

El proceso de socialización deseable por todos los aspectos, puede entrañar tremendos peligros de no estar debidamente canalizado.

La socialización puede significar la supresión de la seguridad jurídica de la individualidad humana de la personalidad auténtica. En esa tumultuosa posición socializadora, política, poder y técnica pueden proceder a la liquidación del Derecho privado reduciéndolo todo a técnica administrativa simple sociología y al indebido y poco apreciado *nomen juris* de Derecho público.

Es un caso que se debe defender lo particular-nacional, cuando se ve preocupantemente amenazada por la internacionalización o la globalización es que debe garantizarse la comunidad ante las posibles desviaciones de la

---

<sup>8</sup> PHILONENKO, M. “La noción del Orden Público Internacional”. J.C. Pág. 780.

<sup>9</sup> MAURY J. “La evicción de la ley”. Editorial Albatros. México, 1989. Pág. 47.

voluntad del sujeto jurídico y de otro lado del órgano estatal. Es necesario suscitar procedimientos correctores respecto del Orden Público.

Las relaciones y situaciones jurídicas que conforman el denominado tráfico jurídico externo son determinadas por la presencia en ellas de elementos extranjeros y por la consiguiente incidencia de ordenamientos distintos con vocación para regirlas son así los datos propios y específicos de ese ámbito jurídico que terminan condicionando su reglamentación.

Se atienden razones sociológicas que nos obligan a una consideración diferenciada del tráfico jurídico externo existiendo un dato integrador, la propia existencia del fenómeno jurídico: el hecho que la humanidad acude al derecho en general para dotar de orden a una cierta clase de situaciones y relaciones sociales<sup>10</sup>.

Cuando se plantea un orden a la vida en sociedad de los hombres y se busca que estos adapten sus conductas a ese orden determinado surge un catálogo de problemas que es independiente del tipo concreto de relaciones que se reglamenta; por lo que es imprescindible la existencia y validez de una teoría general del Derecho.

Es entonces un primer paso para comprender el fenómeno jurídico del que se trata el Derecho Internacional Privado. En el que la institución del Orden Público es una cuestión que aparece dentro del catálogo de cuestiones de la organización jurídica de las relaciones sociales.

Lo que se puede decir al respecto es que lo subyacente es una incorrecta interpretación de las normas en presencia del Orden Público. Por lo que cabe determinar con mayor precisión y determinación el ámbito de aplicación de las leyes, y de otra parte la utilización de los recursos previstos en estos casos por la ley procesal civil, los cuales permitirían obviar la apelación a excepciones

---

<sup>10</sup> Principio que debe considerar que el primer criterio para ubicar el principal de carácter cultural en la base del Derecho es el cuidado de la sociedad humana en el ámbito de ubicar “El Orden Público Internacional”.

cuyos riesgos de discrecionalidad y arbitrariedad han sido repetidamente puestos de manifiesto por la doctrina.

El Orden Público parte de la realidad en que se ha gestado el concepto de Orden Público siendo que su elaboración es obra conjunta de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica, y ha estado precedido por una preocupación funcional, social y política, resultante un correctivo funcional, que se haya determinado por la acción de defensa de todos los elementos e intereses que están implicados en el tráfico jurídico externo y con especial intensidad una defensa de la comunidad nacional de su orden social y jurídico.

En el Orden Público más que en otros problemas generales lo que cuenta es el resultado, la acción concreta que realiza; lo que se traduce en tener rasgos funcionales por los cuales busca determinar y sistematizar las diversas maneras de aplicarse el Orden Público.

Y finalizaremos con el tema materia de la presente tesis, realizando de alguna manera las diferencias existentes entre el Orden Público interno y el Orden Público internacional teniendo como ayuda bibliografías de diferentes juristas, por cuanto el tema en sí resulta difícil de precisar y encasillar.

La verdad, es que a pesar de todo el intento por realizar la definición, enmarcación, limitación, negación o previsión el Orden Público **existe**<sup>11</sup> por lo que creemos válido nuestro esfuerzo por estudiar y metodizar las concepciones que hasta ahora se han planteado o expuesto logrando establecer algunos criterios para el mejor empleo de esta institución jurídica.

Para nadie es una cuestión a desatender que los juristas se han movido diletantemente entre considerar el Orden Público un conjunto de principios y/o un conjunto de disposiciones o un efecto jurídico.

---

<sup>11</sup> Lo que no puede ser objeto de discusión es que el Orden Público resulta válido y de una existencia fundamental ahora mismo cuando los derechos modernos como, por ejemplo, el caso del derecho del consumidor se presentan necesariamente como importantes para la mejor dilucidación de los temas del “Orden Público Internacional”.

## Cap.I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

### I.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Resulta que en los últimos tiempos en el Perú –en los círculos académicos del derecho–<sup>12</sup> se viene señalando que desde ningún punto de vista se puede afectar la libertad de contratar, existiendo una especie de atención casi divina de este derecho que aparece en el artículo 62, del Texto Constitucional de 1,993 y resulta que muchos de esos contratos de tipo internacional vienen siendo objeto de controversia por parte de los diferentes actores del quehacer nacional –entre ellos los consumidores– y dentro de un sistema romanista o de *civil law* como lo plantea nuestro sistema jurídico peruano no existe la posibilidad de desapego al principio de legalidad, y por lo tanto nosotros los operadores jurídicos debemos darnos una explicación si es que la libertad de contratar debe ser sacrosanta o por el contrario debe estar limitada para evitar atropellos o incluso situaciones de claro cariz violatorio de los derechos que no podría ser derribado porque encontramos esta limitación no solo a la intervención de los particulares sino de los propios representantes, que no se hace recordar que determinar derechos divinos perdurables en el tiempo porque se considera, que son la garantía de progreso y desarrollo de nuestros pueblos, y entonces concurren factores intervinientes con bastante pronunciamiento de los distintos elementos que se hacen o se convierten en una expectativa de quienes se preguntan si el contrato internacional está sujeto a supremacía sobre los propios contratos que se celebran en el derecho interno –sean típicos o modernos– y que todos los operadores estamos en relación con el interés de algunos llamados interlocutores válidos que basan su performance en otorgarle a ese tipo de rango constitucional para presentarlo como un derecho inmarcesible y no modificable por ningún extremo, y esto no es pues el sentido de la propia ciencia jurídica que debe estar en estricto

---

<sup>12</sup> Realmente afirmar esto es parte de una aclaración que corresponde a una realidad que se viene imponiendo en nuestro país por considerar la libertad económica como un elemento fundamental para el desarrollo económico.

correlato con el desarrollo de la conceptualización que se tiene del “bienestar general”<sup>13</sup> como principal aspiración del Derecho en su permanente búsqueda de generar el respeto por el quehacer de los operadores jurisdiccionales creando derechos intocables; hay que recordar que la Revolución Francesa en el marco de sus reivindicaciones lucha por despojar al gobernante de la facultad de consagrar derechos sempiternos invariables, inacabables, imposibles de ser perturbados y esto resulta siendo el mejor ingrediente para permitir a los gobernantes autoritarios hacer lo que le indiquen sus propósitos subalternos haciendo que sus decisiones no puedan ser revisadas.

Sin embargo a pesar de lo manifestado líneas arriba se debe señalar que es bueno aclarar puntualmente, que no es planteamiento de nuestra tesis, abordar la revisión de los contratos celebrados por el Estado con particulares extranjeros, o entre nacionales y extranjeros a posteriori sino que es el propósito plantear si existe o no la posibilidad de lograr que el Orden Público sea instrumento de revisión de la libertad de contratar y además sea elemento corrector de los excesos que puedan aparecer en la confección de los contratos internacionales y que no tengan la posibilidad de ser un mecanismo de corrección, por cuanto los mismos han sido elevados a la categoría de irrevisables e incuestionables por el propio sistema jurídico nacional, lo cual significa de alguna manera que lo que se pretende es hurgar si es posible realizar una revisión o en todo caso cuando se realicen este tipo de contratos se tengan cuidado de ceñirse al Orden Público vigente en nuestro sistema jurídico nacional, y no plantearse la existencia de cuestiones de carácter inmarcesible que no se corresponde con la propia naturaleza de los hechos.

## **I.2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO**

Debe tomarse en cuenta que actualmente el estudio de este tema nos permitiría conocer que existe una fuerte influencia de la denominada doctrina

---

<sup>13</sup> El concepto de bienestar general, es la noción más amplia que se conoce, sin embargo, la que mejor expresa lo que un Estado moderno busca como fin último y de allí que cualquier desviación deba ser analizada con arreglo al Orden Público.

de la libertad absoluta –proveniente del Derecho angloamericano– en la cual se puede permitir el ejercicio de tal derecho sin restricciones, sin embargo, en países como el Perú donde suponemos que la celebración de contratos internacionales es un riesgo que algunos operadores no pueden asumir y donde bajo este principio se pretende consagrar criterios poco válidos para un adecuado funcionamiento del mercado, tenemos el caso de Telefónica del Perú S.A. donde la renta básica no tiene sustento alguno de carácter desde las orillas de la legitimidad y de la legalidad pues resulta que se debe establecer que el cobro del citado concepto a los consumidores peruanos es contrario a un principio general del Derecho que “establece que nadie está obligado a pagar por una prestación no otorgada” y es el caso que la citada empresa española <sup>14</sup> no puede demostrar cual es la razón –sea económica, jurídica u otra cualquiera– para continuar realizando este cobro, constituyendo por ende una violación del Orden Público peruano por cuanto definitivamente se trata de un principio que establece el necesario cuidado de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Finalmente, debemos expresar que no existe un adecuado tratamiento del tema ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional por cuanto se tiene que ratificar y/o establecer que el Orden Público se encuentra por encima de la libertad de contratación y no al revés.

### **I.3. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS**

#### **I.3.1. OBJETIVOS GENERALES**

1. Conducirnos a la obtención del grado académico de Doctor en Derecho.
2. Proponer una alternativa de solución o posición entre el Orden Público y el contrato internacional, permitiéndonos un adecuado ordenamiento constitucional, que no siga estableciendo un carácter de absoluta intangibilidad del Derecho contractual.

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú respecto al reclamo del pago de la Renta Básica que determinó que debía protegerse la libertad contractual en desmedro de hacer cumplir un principio de defensa del Orden Público.

3. Elaborar un perfil del Orden Público para uso de los operadores jurisdiccionales.

### **I.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Lograr una adecuada divulgación del Orden Público como una fórmula de solución coadyuvante de los criterios de la dilucidación de los conflictos con el derecho extranjero.
- Permitir a todos los operadores conocer y aplicar los principios que informan el Orden Público.
- Establecer puntualmente qué es el Orden Público generando un perfil de lo que se trata, antes que de una definición cerrada sin mayor apertura que la que le corresponde a estos tiempos.
- Renovar la concepción de Orden Público que permite hacer comprender a los operadores del Derecho que se trata de una institución de carácter limitativa a la posibilidad del ejercicio abusivo del Derecho contractual internacional.

### **I.4. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

Al tener que realizar precisiones sobre como se han presentado las diversas situaciones de limitaciones a nuestra investigación debemos ubicar dos extremos que resultan fundamentales: primero lo referente al trabajo de acopio de información y segundo la propia dilucidación temática en el gabinete.

Sobre el primer extremo se debe establecer la ostensible falta de volumen bibliográfico para la búsqueda de información básica y llevar a cabo nuestra investigación, es así como el permiso para ingresar a las bibliotecas fue pasando de oficina en oficina hasta lograr la anuencia de algún colega para lograr establecer adecuadamente la oportunidad de iniciar el conocimiento de determinado archivo. Existe poco tratamiento de este tema por parte de los tratadistas mas connotados que imbuidos por el positivismo jurídico, al no poder dar una respuesta en términos de carácter absoluto, lo que han hecho en

algunos casos es soslayar el tema y en otros lo dejaron prescribir en el seno de otras instituciones jurídicas.

Por otro lado también debe señalarse que la mayor parte de bibliotecas jurídicas del país se encuentran totalmente desactualizadas y las que tienen un mayor grado de actualización pretenden siempre realizar cobros adicionales por encontrar una mejor dilucidación de los elementos de estudio de la materia.

Así encontramos que en algunos casos las averiguaciones son propicias para efectuar un cuadro de comprensión de los distintos estadios en que se encuentra la investigación del tema pertinente, porque cuando se realiza la indagación se plantea un absoluto desconocimiento de la institución existiendo una percepción de carácter muy liminar que no permite sino una atribución de la institución de un término insospechable para significar una inadecuada utilización del término para designar por ejemplo de manera poco responsable en cualquier aspecto de la vida.

Sobre el segundo extremo, en lo referente al trabajo en gabinete se ve afectado porque es necesario recurrir a la poca bibliografía aportada por algunos particulares, pero además porque en nuestro país existe un autor que prácticamente ha copiado una obra de Derecho Internacional Privado utilizando en todo, el buen nombre de su padre para realizar semejante atropello a la cultura nacional; por lo que es necesario efectuar un adecuado estudio de la institución a partir del rastreo de los actuales intelectuales de nuestro país, incluso el Dr. Augusto Arzubíaga, gran profesor sanmarquino ha publicado un libro sobre la materia en el extranjero .en España- debido fundamentalmente a la falta de apoyo a la investigación que existe en nuestro país lo que se hace ostensible porque las publicaciones son muy escasas.

Finalmente, se debe dejar claro que el desarrollo bibliográfico en nuestro país sobre el tema que tratamos es irrelevante de allí que no existen los materiales suficientes y de la preocupación por el tema en un momento en que el fenómeno de ingreso y aumento de las relaciones con el Derecho extranjero es causal de que ocurra las distintas opciones de relaciones jurídicas con



elemento extranjero relevante, presentándose nuevas relaciones jurídicas que permiten que se realice un adecuado desarrollo de la institución en la defensa de la soberanía del Estado pero además que se permita el avance económico y social para los países como el nuestro donde generalmente se hallan superpuestas todas las etapas de desarrollo histórico de la humanidad sin mayor relevancia que la de actuar indebidamente contra los intereses del propio Estado nacional.

Al respecto nuestra reciente introducción en la bibliografía extranjera, nos llevó a hurgar los distintos planos que desde el punto de vista de la historia han ocurrido durante todo este tiempo, asimismo, el conocer los diferentes procesos de desarrollo de las teorías al respecto, que en muchos casos han ido acortando las distancias entre un pueblo y otro para alcanzar algún equilibrio; asimismo de otro lado los mecanismos que resultan necesarios para alcanzar en ocasiones fisuras y un mayor entendimiento de la realidad que permita lograr mayores beneficios en lo que a justicia se refiere dentro de nuestro territorio además debemos mencionar que muchos de los planteamientos que se hacen en la presente tesis no necesariamente coincide con la realidad por cuanto debe tomarse en cuenta que todos los operadores del Derecho se permiten comparar los diferentes planteamientos sobre la materia.

Otra apreciación respecto a las limitaciones de la presente investigación es que la dedicación que se hace debido a las múltiples ocupaciones que debemos atender y que hacen que muchas veces el tiempo, que realidad se deba utilizar en la realización de la investigación, de la misma tenga que otorgarse porcentajes muy inferiores en tiempo, al efecto, se plantea como necesario un sistema de ayuda a los aspirantes a obtener los grados académicos que permita la tranquilidad económica y emocional que incida en la posibilidad de alcanzar en un determinado tiempo potenciar el desarrollo de los mismos, pero como también sabemos que estamos en un país, donde la investigación y la cultura son temas de poca y casi nula relevancia, hemos tenido que afrontar el gravísimo reto de llevarla a cabo aun a pesar de todo lo dicho, haciendo en muchos pasajes del mismo desatención de otras múltiples obligaciones que incluso han terminado incidiendo en el desarrollo de otras expectativas.

Sin embargo, no puede dejarse de señalar que durante el proceso de realización también hemos estado rodeados del apremio de la falta de las debidas facilidades de orden interno y externo en los archivos del poder jurídico hemos encontrado que por un lado la administración realiza una labor con bastante demora para la atención en la investigación siendo el Archivo Judicial, el que más requisitos solicita para ingresar al gabinete de estudio, teniendo que soportar que en algunos casos el acceso está limitado, por el deterioro de sus materiales, lo que implica esperar y el consiguiente retraso en el avance del trabajo, además de tener que solicitar a las autoridades universitarias se nos concede oficios, en tal o cual sentido, para lograr entrar y obtener la información que se necesita y así atender el estudio del expediente; de otro lado encontramos que diversas materias de documentos continúan siendo de uso restringido en cuanto al archivo de las bibliotecas donde no se encuentra un espacio adecuado y la calificación archivística no es de lo mejor para acceder a la información por cuanto no se ha realizado una adecuada división, en las materias de cada libro y su contenido no es más que por ramas del Derecho, cuando debería ser también, como en las bibliotecas extranjeras, donde se puede hurgar, por materia, por autores, por títulos y por razones de carácter cronológico.

Por estas consideraciones es que nuestro trabajo ha sido realizado, aun mas con la desidia de la atención por cuanto no existe una mayor oportunidad de cada infraestructura, pues los lugares son bastantes incómodos y además tétricos para tomar conocimiento de los documentos.

## Cap. II. ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO

### II.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se puede iniciar el tratamiento de este tema señalando que la concepción de ORDEN PÚBLICO está presente en todas las legislaciones y en su formulación la doctrina ha jugado un rol protagónico<sup>15</sup>. El tiempo va en estricto desarrollo con la ciencia del Derecho Internacional Privado se puede hablar de una tipología del Orden Público en el sentido de que este se ha revelado con aspectos distintos según cada momento en el desarrollo histórico del Derecho Internacional Privado.

NUSSBAUM, ha encontrado huellas del Orden Público en un papiro del Siglo II de la Era Cristiana en el que consta que un Juez romano rechaza la aplicación del Derecho egipcio sobre la dote –institución jurídica, del Derecho de Familia– por ser el mismo, inhumano.

Se encuentra –han dicho algunos autores– el nacimiento del Orden Público en una serie de máximas expresadas en la legislación romana, así por ej. -Ius publicum privatorum pactis Mutare non potest-Ley 38, Dig. De pactis, lib. II, Priv. 14 (Papiniano) y Publicum ius est quos ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinent –Lex I, parg. 2, Dig., Lib. I, tit.I– Sin embargo, estas máximas no son aprobadas como existencia de la noción de Orden Público, sino como referencia al ius publicum romano, que no es nada por estilo asimilable al concepto del Orden Público, al respecto debe señalarse que estos responden a una asimilación del Derecho Público romano y la noción del Orden Público interno.

Portalís –según Ponssa de Miguens– es quien señala que el antecedente más claro de asimilación entre el orden y el ius publicum romano es la sesión del

---

<sup>15</sup> “El Orden Público” siempre ha estado estrictamente ligado con todas las legislaciones y resultaron una limitación a la aplicación del Derecho extranjero contrario al sistema jurídico del foro.

cuerpo legislativo francés del 23 frimario del año X (14-12-801) al dar base la redacción del artículo 6 del Código francés. Al efecto se desecha otros antecedentes y considera que la noción de Orden Público aparece en el liberalismo francés. Nina Inés G. J. Ponssa de Miguens<sup>16</sup> nos dice que desde que Brocher estableció la diferencia entre Orden Público interno e internacional lo que se determina es establecer una valla, un impedimento, un límite al principio de la autonomía de la voluntad.

En el extremo del romanismo se presentan dos desarrollos y son: o la aplicación *stritum ius* o por el contrario acercándonos a la concepción savigniana de la extraterritorialización en general de las leyes como principio, con las excepciones en que la aplicación de la *lex fori* en vez de la extranjera constituye un remedio excepcional.

El Orden Público entendido como territorialidad de algunas leyes se hallaba presente en el pensamiento de la escuela teológica salmantina del siglo XVI, concretamente en los escritos del dominico BARTOLOMÉ DE MEDINA (1527-1580) se distingue entre los peregrinos que llegaban a tener domicilio en una determinada región y los que van de paso; aquellos están obligados a las leyes del domicilio, mientras están libres de obedecer a las leyes de las naciones por las que transitan, salvo las leyes comunes del Estado, porque de otra manera no podría subsistir el orden de la República.- GARCÍA ARIAS, L. "Adiciones a la Historia del Derecho Internacional" de A. NUSSBAUM<sup>17</sup>.

Muchos especialistas han reconocido que el principio del Orden Público es tan antiguo como el Derecho Internacional Privado mismo, acaso fuera más prudente decir que en cada una de las sucesivas formas históricas de resolverse jurídicamente el problema del tráfico externo se ha dado con características propias de este principio corrector que ahora presentamos como el Orden Público.

---

<sup>16</sup> PONSSA DE MIGUENS NINA, Inés. "Acerca del Orden Público". En. "*La Ley*. Sección doctrina Buenos Aires, Argentina, 1978. Pág. 82.

<sup>17</sup> NUSSBAUM Arthur. "Adiciones a la historia del Derecho Internacional". J.C.M. Mohr. Madrid S.F., España, 1989. Pág. 409.

El concepto actual<sup>18</sup> del Orden Público ha nacido con una especial coyuntura social y política que se personifica en un sistema de poderes políticos estatales construido sobre una acusada heterogeneidad de creencias, convicciones jurídicas, de sistemas ideológicos y económicos. El Orden Público que tratamos presupone una determinada forma de positivización –con claro dominio de las fuentes estatales y evidentemente del protagonismo de las concepciones propias del Foro– y un grado intenso de cristalización de las normas de colisión. Rasgos que no se han dado en nuestro tiempo con los precedentes históricos solo se debe reglamentar las formas pasadas de que sirvieron otros sistemas de reglamentación del tráfico externo.

- a) La inderogabilidad del *jus cogens* registrada en el ordenamiento jurídico de Roma para expresar la absoluta imperatividad de determinadas normas.
- b) El reconocimiento en los primeros tiempos bárbaros de la existencia de leyes territoriales de Orden Público –Pillet–, como las contenidas en las capitulares sobre materia criminal.
- c) Los escritos de los estatutarios que empleando cauces distintos (Laine) supieron servirse de la distinción apuntada por Bartolo entre estatutos odiosos y favorables –distinción pensada en función de ciertas leyes prohibitivas en materia de estado y capacidad– y que tras su utilización por Baldo (para negar efecto extraterritorial a la institución del hijo espurio) pudieron desembocar en los escritos de Huber y los estatutarios franceses del siglo XVIII, para alcanzar en Bouhier una exposición que es una auténtica introducción al planteamiento moderno –Bouhier situó paralelamente las leyes que son estrictamente territoriales, por referirse sobre la materia penal y de policía, y las leyes que suponen una exorbitación del derecho común o son manifiestamente injustas.
- d) La recepción del problema por los canonistas de los siglos XVI y XVII (J.H. Hackett) que supieron mantener una correspondencia desde dos planos distintos, que parcialmente se corresponderían con lo que modernamente se

---

<sup>18</sup> El Orden Público es una noción que dada su importancia, ha tenido mucha trascendencia pero ha logrado transmitir mucha preocupación a la comunidad jurídica.

ha querido comprender como doctrina positiva –entonces sostenida por Suárez– y negativa –mantenida por Sánchez–. En el artículo publicado por Horst Kaufmann (1972)<sup>19</sup> se insiste en los orígenes, remontándose a los glosadores y especialmente a Bartolo y a los canonistas. De hecho Bartolo lo había tomado de Guillermo de Cuneo. Batiffol cree advertir que ya en aquella época se da la raíz de la dualidad de métodos y que unos marcan la territorialidad excluyendo la referencia al Derecho extranjero, en tanto que los autores como Jean Fabre tienen necesidad de elaborar la institución del Orden Público, por cuanto están ya a un método conflictivo y a la obligada corrección del mismo por la acción de la justicia material del foro que supone una excepción a la inserción del Derecho extranjero.

Para que de estos precedentes se pasara a un proceso de elaboración positiva y moderna del Orden Público era necesario que los conflictos de estatutos se transformaran en conflictos de leyes de comunidades nacionales distintas (Laine) y esto ya se apunta en los estatutarios holandeses y muy particularmente con los escritos de Ulrico Huber que constituyen una especie de antesala a la obra de Story. El Orden Público venía a ser en los estatutarios holandeses una limitación a la cortesía que se tomaba como medida de necesaria defensa social y jurídica del foro, de amparo y protección de los intereses de los propios ciudadanos. Un Orden Público pensando en función de los intereses que simboliza el ordenamiento del foro y que supone una reafirmación de la territorialidad de la ley positiva y de la primicia del foro.

Tenemos el Tratado de París de 1856 con incorporación de Turquía al Derecho público europeo, introducción del divorcio en Francia; Revolución bolchevique, descolonización –Yassen critica un Orden Público occidental hostil a los ordenamientos descolonizadores–.

Alberto Pardo refiere que los antecedentes del Orden Público a la escuela de los posglosadores –Siglo XIV a XVI– al establecer que el concepto de los estatutos “desfavorables” que se entienden como no ser posibles de aplicación

---

<sup>19</sup> KAUFMAN HORST. “Acerca del Derecho Internacional Privado”. En: *Revista de Derecho Internacional*. “El Orden Público Internacional”. Pág. 71.

extraterritorial lo constituye un concepto rudimentario de Orden Público al respecto Alberto Juan Pardo ha dicho “por cuanto se sobreentiende que la legislación extranjera no puede aceptar una costumbre que violente la naturaleza del ordenamiento respectivo” <sup>20</sup>. Este autor junto a Ponssa de Miguens señala que es a fines del siglo XVIII donde se inicia el delineamiento de su contenido de forma más estructurada. Al respecto –Bohuier– ha señalado que a fines del siglo XVIII se delinea el contenido del Orden Público comprendiendo en él, a las leyes de policía, a las penales dando una competencia desproporcionada al Derecho común.

Savigny señala un criterio más amplio que el planteado por PORTALIS al decir que el concepto de *ius publicum* “usado por los romanos no solamente se encontraba dirigido al derecho público, sino también al *ius comune* y referido a reglas de carácter imperativo que no admiten una eventual derogación por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Por ese motivo deben desestimarse las teorías de la asimilación entre Orden Público y Derecho público, porque existen reglas de Derecho Privado que responden al principio de Orden Público de igual manera”.

Para realizar un estudio debemos señalar que este aparece recién en el siglo XIII, sin embargo, quedó casi exánime entre los siglos XVII hasta XIX siendo este último el siglo en que se da una resurrección del mismo.

Se parte inicialmente del presupuesto de que todos los pueblos cuyos derechos estaban en tela de juicio convivían unidos por la misma ideología, la denominada religión del “catolicismo” pues solo los no creyentes se hallaban fuera de esta comunidad; pero su derecho no era nunca aplicado existía entonces entre católicos y no creyentes una “guerra perpetua”.

Se dice que los primeros estudios se realizan en Bartolo de Saxoferrato, Saliceto, Guy de Coquille, alrededor de la llamada cuestión inglesa

---

<sup>20</sup> PARDO, Alberto Juan. “Derecho Internacional Privado. Parte General”.Edit. Ábaco. Buenos Aires, Argentina, 1976. Pág. 318.

desaparecido en 1537, a la de muerte de Bartolo será Saliceto el que debe resolverla, en Inglaterra existía la institución del mayorazgo por la cual tanto título como propiedades se transmitían al primogénito, de manera que se puede establecer que un italiano con hijos en Inglaterra e hijos en Italia y bienes en ambos países si el primogénito era inglés y el causante moría en Inglaterra se desplazaba el derecho de los segundones con relación a título y bienes existentes en Italia.

Saliceto soluciona la cuestión tomando en cuenta una doble hipótesis:

- a) Si una persona muere durante su viaje a Inglaterra sin haber cambiado su domicilio, su voluntad fue repartir el patrimonio de acuerdo con el estatuto de su domicilio.
- b) Si el causante antes de su deceso, traslada el domicilio a Inglaterra, deben aplicarse ambas leyes, la del domicilio de origen y la del nuevo de acuerdo con la ubicación de los bienes. Solución que es compartida por Petrus de Ancharano, Fulgosio, Ludovico Romano, Socinus, Yason, Pablo de Castro y Alejandro y Roque Curtís. La solución se sustituye a esa ley aplicable por el derecho para de los “desplazados” lo que constituye una aproximación al concepto de Orden Público internacional con el fin de defender las proporciones legítimas de la herencia.

Los denominados “privilegios odiosos” también conocidos como “Estatutos Odiosos” <sup>21</sup> no tienen parentesco con el Orden Público puesto que la inaplicación de los primeros (es el caso, un estatuto que incapacite a las mujeres a heredar a favor de los varones) derogaba el derecho particular en sí inaplicable –el de las ciudades– a favor del derecho común en sí aplicable –el romano– mientras que el Orden Público deroga el derecho particular en sí aplicable –el extranjero– a favor de un derecho particular en sí inaplicable el propio.

---

<sup>21</sup> Los estatutos odiosos son la demostración de cómo el Derecho extranjero es considerado como un elemento de carácter perturbante al sistema jurídico interno de un Estado nacional que puede terminar por hacernos contrarios al Derecho de nuestro país.



La llamada “Escuela holandesa” o también llamada Escuela Flamenco-Holandesa que tiene su principal exponente en Burgundus, Rodenburg, Pablo y Juan Voet. Ulrico Hubero, nieto político de Althusio, autor de un libro sobre “dikelogía”. Se daba la circunstancia de una diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos, lo que fue una consecuencia ideológica producida por la Reforma y dejó de lado la obligación según la doctrina “comitas” de reconocer y/o aplicar el Derecho extranjero.

De la Escuela Flamenco holandesa del siglo XVII se desprende las reglas de Ulrico Hubero quien plantea la concepción del *Strictum ius* a partir de tres axiomas que son:

- a) Las leyes de cada imperio tienen fuerza solamente dentro de los límites de su gobierno y obligan a todos los que son súbditos de este, pero no más allá de esos límites.
- b) Todas las personas que se encuentran en los límites de un gobierno, ya sea su residencia permanente o temporal, deben considerarse súbditos de él.
- c) Los gobernantes de cada imperio admiten por cortesía las leyes de cada pueblo en vigencia en todas partes, en cuanto no perjudiquen los poderes o derechos de otros gobiernos, o los de sus ciudadanos.

Hubero<sup>22</sup> luego después añadiría “que esta materia debe determinarse, no simplemente por las leyes civiles, sino por la conveniencia y consentimiento tácito de un pueblo diferente; porque desde que las leyes, nada sería más inconveniente para el comercio y la comunicación general de las naciones, que lo que es válido por las leyes de un lugar, quedarse sin efecto por la diversidad de las leyes de otro y que esta es la razón verdadera del último axioma sobre el cual nadie hasta aquí ha abrigado duda”.

También aparece el sistema de Hertius o Metii o Hercio al que según Story lo sindicó como no satisfecho con las reglas de Hubero dudando grandemente si

---

<sup>22</sup> ULRICO HUBERO. “De conflitum Legum”. Editorial Albatros, México, 1939. Pág. 538.

la cortesía de las sanciones, fundada en la conveniencia y utilidad mutuas pueda conceder una base suficientemente sólida a un sistema.

Hercio plantea diferenciar entre estatutos personales y reales a la primera se dirige o dice relación a la persona tenemos que atender a regirnos por las leyes del país que es ciudadano personalmente, y en segundo término si una ley se trata directamente de las cosas es local en cualquier lugar y por quien quiera que el acto se haya ejecutado; es decir si una ley establece la forma para el acto, entonces el lugar del acto, y no el domicilio de las partes o el de la situación de la cosa es la que debe considerarse (Hertii, opera de Collis s. 4, N° 3 y 4, Pág. 120; id. Págs. 170/171, ed, 1716).

La verdad es que el sistema de Hertius, crece sobre las soluciones de Hubero, pues establece en algunos casos –estatuto personal, forma de los actos– posibilidades de extraterritorialización que el primero dejaba de lado.

Story se inclinaría dos siglos después por los planteamientos de Hubero cuya influencia también se da en la Escuela Francesa del siglo XVIII, en especial Bullenois en lo referente a su tercer axioma el mismo que este autor aprueba sin hacer restricciones –Bullenois Tratado de los Estatutos c. 3 obs. 10 Pág. 155–. Debe anotarse que los tratadistas de los siglos XVII, XVIII y algunas tendencias del XIX son a favor del STRICTUM IUS, lo que nos conduce a establecer la coexistencia de los distintos estados sumidos en órdenes jurídicos cerradas con imposibilidad de importación del Derecho extranjero, salvo en casos de “cortesía”.

Criterio que queda sustentado en la existencia del orden internacional, es decir, cuando la norma extranjera es mala o dañosa tiene que haber un dispositivo que así lo disponga, sin embargo si hubiera un orden cerrado no habría posibilidad de que el magistrado pueda establecer que la ley extranjera es mala o dañosa y en consecuencia no podrá declararla en esa virtud su inaplicación de la norma extranjera dada esa calidad.

El reconocimiento del Derecho extranjero se convirtió en algo bastante difícil más aún desde el 31 de octubre del 1517 día del estallido del conflicto religioso por la publicación de las 95 tesis de Martín Lutero en Wittenberg a eso se añade el evento del 14 de julio de 1789 día de la Toma de la Bastilla, luego vendría la publicación del Manifiesto Comunista en 1848 en Londres con la siguiente proclama de las graves discrepancias económicas en el mundo.

Esta orientación cambia de alguna manera cuando Karl Von Savigny en 1848 publica el octavo volumen de su “Sistema del Derecho Romano Actual”<sup>23</sup> de aplicar la obligación de cada país de aplicar a casos extranjeros Derecho extranjero, entendiéndolo como una obligación comunitaria, en razón de que dimana de la comunidad internacional.

En 1849 se reconoce por Savigny la circunstancia de darle una orientación de carácter comunitario y de obligación a reconocer el Derecho extranjero, obligación que solo debe no darse cuando un Estado extranjero abusa de su derecho a reglamentar el caso, debiéndose de aclarar que el pandectista alemán todavía no habla de Orden Público sino de “leyes rigurosamente prohibitivas” a ellas equipara la institución extranjera desconocida en nuestro Derecho. No se debe conformar con aplicar el Derecho extranjero si conculca las primeras o contiene una institución desconocida por nosotros.

Una institución extranjera desconocida no viola en realidad siempre nuestro Orden Público (artículo 9 Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1940 y Artículo, 119 ley 19,550/72) y su repudio incondicional se debe al criterio unidimensionalmente nomológico.

En el siglos XVIII y XIX la Escuela Anglosajona y la Francesa del siglo XVIII adoptaron la concepción de Hubero (Bullenois) al efecto las cortes escocesas han establecido permanentemente como enteramente exacta la doctrina de Hubero contenida en su tercer axioma.

---

<sup>23</sup> SAVIGNY KARL, Von. “Sistema de Derecho Romano actual”. Editorial Marcial Pons. Madrid, España, 2005.

Para Laine el antecedente de este concepto se puede encontrar en la distinción entre estatutos favorables odiosos y permisivos con el cual Bartolo de Saxoferrato en su obra comentarios a la *Lex Cunctos populos* <sup>24</sup> especialmente al hablar de los “estatutos prohibitivos odiosos” que no podían tener aplicación fuera de la ciudad que los había promulgado lo cual lo había tomado como ejemplo de su maestro CINO DE PISTOIA que citaba la regla inglesa entonces vigente en materia sucesoria según la cual la totalidad del caudal relicto pasaba al hijo primogénito con exclusión de los demás hijos.

Al desheredar a los demás hijos, BARTOLO observa que este es un precepto **odioso** y la negación de la eficacia extraterritorial significa que ningún valor tenía esa norma en Italia de tal modo que los bienes del causante que pudiesen encontrarse en Italia no pasan al primogénito en su totalidad sino que de conformidad con el Derecho común vigente deben ser distribuidos entre todos los hijos del causante y asimismo con escuela buscaron la exclusión de aquellos estatutos contrarios al Derecho común o a determinados principios morales y políticos dominantes en cada ciudad.

En el presente ejemplo si bien están implicados dos soberanías la concepción de Orden Público en la Italia de la estatutaria presenta las características de que se da entre ordenamientos covigentes internamente dentro de la misma soberanía –es decir entre un estatuto o derecho particular de una ciudad y el derecho común o *ius commune*– con lo que estaríamos no ante un Orden Público internacional sino intranacional lo que fue puesto en evidencia por VITTA <sup>25</sup>.

Otro antecedente es el tercer axioma de HUBERO de la escuela estatutaria holandesa del siglo XVII al señalar “los jefes de Estado por cortesía obran de suerte que una ley de otro estado. Luego de haber producido su efecto dentro de lo límites territoriales de su pueblo, también lo conserva en los demás

---

<sup>24</sup> BARTOLO DE SAXOFERRATO. “Lex Cunctos populos”. Edit. Reus. Madrid, España, 1940. Pág. 61.

<sup>25</sup> VITTA, Eduardo. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Turín. Torino, Italia, 1972, Pág. 373.

estados siempre que dichos estados o sus súbditos no sean lesionados en su poder o en sus derechos” –GOLDSCHMIDT, WERNER <sup>26</sup>.

MEIJERS cita una decisión de la Alta Corte de los Países Bajos del 01 de Octubre de 1704 en la que se declara la nulidad de un testamento otorgado por un holandés en Venecia acomodándose a la *lex loci* por considerar el Tribunal que tanto las normas sobre forma como sobre el fondo del Derecho veneciano se prestaban al abuso <sup>27</sup>.

La “Escuela Italiana Estatutaria” reconocía la obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero.

En la escuela estatutaria francesa del Siglo XVIII BOHUIR tras afirmar que determinadas leyes eran aplicables decía que tal aplicación debía rechazarse si iban contra una costumbre prohibitiva dato recogido por Niboyet.

Sin embargo, hay que reconocer que la noción de Orden Público Internacional que se dio durante las estatutarias pues este suponía diversidad de soberanías y diferentes concepciones legislativas y morales, debiendo tenerse en cuenta que a pesar que las ciudades italianas medievales tuvieran estatuto propio, vivían bajo la unidad jurídica y moral del Derecho Romano y del Derecho canónico sin embargo debe reconocerse que aquella noción era un primer atisbo de problemas que guardan cierta relación con el concepto actual.

El enciclopedismo y la Revolución Francesa, después de la Reforma fueron a resquebrajar aún más la unidad moral de Europa. Asimismo, el espíritu secularizador y el nacionalismo revolucionario propagado por el Código de Napoleón.

---

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. “Sistema y filosofía de Derecho Internacional Privado”. Editorial Depalma S.A. Bs. As. Argentina. Págs. 158.

<sup>27</sup> Ibíd. Op. cit. Pág. 469.

La admisión de estados de antigua civilización oriental en la comunidad de estados europeos a partir del Congreso de París de 1856 y el laicismo legislativo.

La aparición del régimen soviético cuya contradicción de principios políticos, morales, jurídicos, sociales y económicos con los restantes estados es manifiesta.

La aparición de la obra de Savigny y de Story <sup>28</sup> marca de alguna manera el nacimiento del Derecho Internacional privado contemporáneo.

Los orígenes del moderno concepto del Orden Público está condicionada por una serie de factores sociales, políticos y jurídicos entre los que hay que anotar como más importantes los siguientes:

- 1) El proceso de progresiva codificación estatal del derecho y concretamente de las normas de colisión.
- 2) La universalización del orden internacional, que impone la aplicación del viejo derecho público europeo a países y situaciones que no tienen una comunidad real con el círculo histórico y cultural occidental.
- 3) La creciente heterogeneidad por obra de los nacionalismos radicales y especialmente por la vida de relación con pueblos de cultura y de sistemas políticos sumamente discrepantes.
- 4) El fortalecimiento del orden social del Estado y la intensificación de su acción.
- 5) La aparición de ideologías y de concepciones sociales que implican graves rupturas en la antigua comunidad –las concepciones de la revolución francesa, el debate ideológico del modernismo a lo largo del siglo XIX, el implantamiento de la revolución soviética, la legislación nacional-socialista, la pervivencia de criterios raciales y discriminatorios en ciertos países, con el consiguiente grave atentado a los principios generales en que se inspira

---

<sup>28</sup> La obra de Savigny y de Joseph Story se realiza como construcción del Derecho Internacional Privado, en un proceso por el cual se establece que es necesario realizar un estudio pormenorizado de todo lo que debe desarrollarse lo adecuado.

la actual organización social y la carta de la ONU, la tensión entre las zonas donde hay un Estado dividido, etc.

Story sentó las bases de los supuestos de la teoría de la public policy y ha delimitado incluso su emplazamiento, sustancialmente en el ámbito de los contratos: “The application of the lex loci to contracts, although general, is not universal.- It does not take place....where the lex loci is in itself unjust, or contra bonos mores, or contrary to the public law of the state, as regarding the interés, of religion or moralit, or the general well-being of society” (reproduciendo una decision judicial en el caso Levett).

Story al comentar la extensión del reconocimiento de las leyes extranjeras funda el mismo en la “cortesía” diciendo al respecto “(...) pero de la naturaleza y extensión y utilidad de este reconocimiento de las leyes extranjeras respecto del Estado y condición de las personas, cada nación debe juzgar por sí misma, ciertamente no está obligada a reconocerlas cuando son perjudiciales a sus intereses (...)”. La doctrina de Hubero parece que reposa en principios justos y aunque por su generalidad deja tras de sí muchas cuestiones graves en cuanto a su aplicación, tiene mucho de recomendable en cuanto a verdad y simplicidad. En tal concepto ha sido sancionado en Inglaterra como en América (Estados Unidos) por una aprobación judicial, tan directa y universal como puede justamente desearse con el objeto de sancionarla como autoridad, o como razonamiento <sup>29</sup>.

También en la misma obra Story establece que en materia contractual, la ley del lugar no debe ser usada cuando es contraria a la ley del Estado, a la moral o al bienestar general de la sociedad.

Se deberá no hacer distinción entre la venta que ocurre entre ciudadanos nacionales y entre extranjeros sino sostener en cada caso que el contrato es completamente incapaz de hacerse cumplir, al menos en las cortes de un país cuyas leyes se trata de violar. Y en cuanto a los contratos opuestos –como dice Story–: “a los que son opuestos a la buena moral, o la religión o a los derechos

---

<sup>29</sup> STORY JOSEPH. “Conflictos de leyes”. Tomo 1. Editorial Reus, Madrid, España, 1923. Pág. 44.

públicos” como el caso de los contratos efectuados en un Estado extranjero para la cohabitación ilícita, prostitución futura, los contratos para la impresión o circulación de publicaciones irreligiosos y obscenas, o también los contratos para promover o evadir la justa administración de justicia, etc.

También se encuentran exceptuados los contratos opuestos a la política de un Estado es el caso de los contratos que tienen como propósito empréstitos en el país a fin de ayudar a extranjeros en la prosecución de una guerra contra una nación con la que hay paz. Estos criterios deben ser tomados como normas base del “Orden Público interno”.

Se plantea circunscrito al ámbito de los contratos pero de un modo muy expresivo en cuanto a su área de acción “La aplicación de la *lex loci* a los contratos aunque general no es universal ello no tiene lugar (...) cuando la *lex loci* es en sí misma injusta o contra bonos mores o contraria al derecho público del Estado con relación al interés, de religión o moralidad o al bienestar general de la sociedad”.

En 1843 FOELIX<sup>30</sup> explicaba “(...) lo cierto es, que hoy todas las naciones han adoptado como principio la aplicación, en sus territorios de leyes extranjeras, salvo no obstante (...) las restricciones que el derecho de soberanía y el interés de sus propios súbditos exigen”, señalando a renglón seguido que: “Ninguna nación renuncia a favor de las instituciones de otra, la aplicación de los principios fundamentales de su gobierno; ni se deja imponer doctrinas que, según su modo de ver, bajo el punto de vista moral o político, son incompatibles con su propia seguridad, con su bienestar propio o en la concienzuda observancia de sus deberes o de la justicia”.

Así es que ninguna nación cristiana tolera en su territorio el ejercicio de la poligamia, del incesto, la ejecución de convenciones o de disposiciones contrarias a la moral, al empleo de castigos y de crueldades que se hallan autorizadas por las costumbres de los infieles. Así es que no se reconocen a

---

<sup>30</sup> FOELIX. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Edit por Demangeat. París, 1860-61. Pág. 381.



los extranjeros el derecho de tener esclavos y de tratarlos como tales. Del mismo modo todas las naciones rehúsan aplicar en su territorio las leyes extranjeras, fundadas en un estrecho egoísmo y que consagran favores o privilegios en provecho de sus nacionales”.

Lo que se puede ver en el Tratado de Derecho Internacional Privado<sup>31</sup> o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado.

En 1849 Savigny en su “Sistema de Derecho Romano Actual” establece unas excepciones a la comunidad de derecho que suponía dadas las fases comunes de la civilización cristiana la posibilidad de aplicar el derecho de un Estado en otro. Estas excepciones resultan medidas de defensa del ordenamiento del foro cuando tal comunidad de Derecho se rompe y por ende no debe atenderse la aplicación del Derecho extranjero en una materia concreta.

Dice Savigny<sup>32</sup> “(...) Dad a este principio una apariencia de verdad, la afirmación de que el legislador ejerce un dominio exclusivo en sus estados, dentro de cuyos límites no está obligado a admitir la ingerencia de ningún Derecho extranjero, o bien expresando el mismo pensamiento bajo otra forma, que el juez no tiene más misión que aplicar las leyes de su país. Sería decisivo el argumento si el punto de vista de los legisladores modernos fuera el mantenimiento celoso de su propia autoridad”. O cual se tiene que tener presente en el caso que de saber si existe la exclusión en nuestro sistema jurídico de la legislación extranjera a las relaciones jurídicas que se encuentra en contacto con diferentes derechos, pero nos encontramos ante una realidad que se da en que los jueces deben aplicar la ley de su país y aplicarlas tan solo a las personas y a los casos para los cuales se dictaron, finalmente es tarea buscar si el legislador quiso que sus leyes fueran aplicadas a relaciones de derecho equívocas en sí mismas y que hagan surgir conflictos entre derechos locales.

---

<sup>31</sup> FOELIX. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Trad. Esp. 1860, Págs. 17 y 21.

<sup>32</sup> SAVIGNY, Fredrich Von. “Sistema de Derecho Romano Actual”. Tomo VI. 2ª edición. Pág. 871.

Es necesaria dar una importancia vital a una comunidad verdadero de derecho, lo que significa juzgar los casos de colisión según la naturaleza íntima y las necesidades de cada relación de derecho sin tener en cuenta las restricciones de los diferentes Estados y de sus leyes.

Dice Savigny <sup>33</sup> que “(...) hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente el Derecho nacional aunque nuestro principio exigiera la aplicación del Derecho extranjero”; al efecto plantea dos clases de leyes excepcionales: “leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos estados” y a “instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro y que por consiguiente no pueden pretender la protección de los tribunales”. En lo referente a las primeras las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad, del sexo, las que regulan las formas de la transmisión de la propiedad “no hay razón para colocar estas leyes entre los casos excepcionales (...), pues nunca vacilará un estado en permitir en su territorio la aplicación de una ley extranjera de esta especie”; sin embargo “otra clase de leyes absolutas tiene por el contrario motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohíbe la poligamia. Pueden estar dictadas por un motivo de interés general –*publica utilitas*–, ya revistan un carácter político ya de policía o de economía política; tales son varias las leyes que restringen la adquisición de la propiedad inmueble para los judíos” lo que hace proponer que “en un país donde está prohibida la poligamia deben rehusar los tribunales su protección al matrimonio del extranjero contraído según las leyes de su país que lo autoricen (...)”. En lo referente a las segundas establece que “el Juez de un Estado que

---

<sup>33</sup> SAVIGNY, Fredrich Von. “Sistema de Derecho Romano actual”. Tomo VI. 2ª edición. Traducción en español de J. Mesía y M. Poley. Pág. 891.

no reconoce la muerte civil de la legislación francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o en Rusia aunque según las reglas generales sobre la colisión, la capacidad personal de los individuos está determinada por el derecho del domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud el esclavo negro que en él resida no será tratado como propiedad de su señor ni como privado de la capacidad de derecho. Respecto a este último caso los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud como institución del derecho no está reconocida entre nosotros y según nuestras ideas hay inmoralidad en tratar a un hombre como a una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo porque la muerte civil no es más inmoral que cualquiera otra pena más rigurosa”<sup>34</sup>.

Savigny después de haber enunciado el principio fundamental en que basa todo su sistema, declara que existe una restricción de este principio; pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados.

Todas estas excepciones pueden referirse a dos clases principales:

- a) LEYES DE NATURALEZA POSITIVA, rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de verdaderos estados;
- b) INSTITUCIONES DE UN ESTADO EXTRANJERO CUYA EXISTENCIA NO ESTÁ RECONOCIDA POR EL ESTADO NACIONAL y que por consiguiente no pueden pretender la protección de los tribunales.

De gran valor ha sido esta relación del Orden Público con el concepto básico de la comunidad de derecho al igual que el carácter de excepción que le atribuye Savigny. La concreción del Orden Público en los dos capítulos de las leyes prohibitivas y de las instituciones desconocidas ha constituido amplio

---

<sup>34</sup> SAVIGNY, Fredich Von. “Sistema del Derecho Romano Actual”. Tomo VI. 2ª edición. Traducción en español de J. Mesía y M. Poley. Págs. 138-142.

flanco abierto a la crítica. No obstante, tanto una dimensión como la otra han encontrado eco en la doctrina e incluso en los textos legales.

Se ha establecido que la primera excepción sería un error considerar que basta la distinción entre las reglas supletorias y las absolutas siendo que estas últimas son de naturaleza positiva rigurosamente obligatorias y que en consecuencia deben ser colocadas entre los casos excepcionales –de no aplicación de derecho extranjero–. “Así por ejemplo –señala– toda ley sobre prescripción, es una ley absoluta, porque no está hecha únicamente para suplir la expresión de una voluntad privada; sin embargo, se reconoce únicamente que las leyes de esta clase pueden aplicarse sin inconveniente alguno fuera de los límites del Estado donde han sido promulgadas (...)”.

La cuestión es que para conocer qué ley entra en el ámbito de los casos excepcionales es necesario averiguar siempre la intención del legislador, y si esta la ha expresado formalmente, esta expresión es suficiente, pues resulta siendo ley sobre el conflicto, lo cual merece una atención especial, pero como consecuencia que tales declaraciones son ocasionales se debe hurgar y e indagar con tal propósito en la naturaleza de las leyes absolutas.

Hay leyes absolutas, cuyo única causa y fin es la de lograr por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos lo que significa que han sido fraccionadas en el interés de los titulares del derecho –leyes que limitan la capacidad de obrar, por causa de la edad o el sexo.

En este presupuesto, dice Savigny, no existe razón alguna para colocar estas leyes en los casos excepcionales –Orden Público– debiendo regularse por el principio de la más libre comunidad de derecho.

Existe otro segmento de leyes –expresa Savigny– que tienen por el contrario su motivo y objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido de modo que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Estas leyes pueden tener un contenido moral –prohibición de

poligamia— dictadas por una causa de interés general —*public utilitas*— ya revistan un carácter público, ya de policía o de economía política.

Se puede colegir un sistema savigniano asentado sobre ciertas bases dentro de la comunidad de derecho las relaciones se extraterritorializan, sin atender los límites que imponen los Estados y sus leyes; sin embargo, existen normas especiales que no admiten la independencia de la comunidad de derecho entre los distintos Estados, y existen leyes de carácter excepcional y son anómalas dentro del sistema general.

Manccini dice “El poder soberano de cada Estado extranjero puede de otro lado, en nombre de la independencia política del Estado prohibir en los límites de su territorio toda infracción a su derecho público o al Orden Público del país tal como él ha sido constituido por la voluntad nacional. Es pues legítimo que el Estado rehúse reconocer al extranjero toda cualidad o toda facultad que sería una lesión del derecho público del país en el que recibe hospitalidad y le constriña a observar todos los reglamentos y todas las disposiciones de las leyes de Orden Público y de policía, medios de mantener el orden y la paz pública”. Fue el político italiano Pascual Estanislao Manccini<sup>35</sup> quien sin delezñar todos los planteamientos que se han venido indicando e inventariando en los párrafos anteriores acuño de alguna manera una noción del Orden Público que vendría durante mucho tiempo a constituir el núcleo esencial de la denominada doctrina latina. Manzini no descartó la noción de la comunidad jurídica ni tampoco pudo prescindir de la obligada defensa del ordenamiento jurídico que constituye el esquema público y constitucional de la nación. Merece la pena transcribir el texto en que el autor italiano expone su concepto del Orden Público; dice Manccini “El Orden Público comprende en todo país en la amplia acepción del término, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social como son comprendidos y observados en el país, los usos y hábitos, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las que las instituciones positivas, ni ningún gobierno ni los actos

---

<sup>35</sup> MANCCINI, Pascual Estanilao. “La Nacionalidad. El derecho de gentes”. Editorial Tecnos. Madrid España. Pág. 91.

de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para esos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos y contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana podrá a justo título, negarle todo efecto y toda ejecución en su territorio. También debe rechazar las instituciones económicas incompatibles con el orden establecido” *“De l’ utilité de rendre obligatoires purs tous les etats sous la forme d’ un ou plusieurs traites internationaux, un certain nombre de règles generales du droit international privé pour assurer la decisión uniforme des conflits entre les différentes legislations civiles et criminelles, Journal de Droit International privé janvierferier, 1874. Pág. 297”.*

A raíz del esbozo de esta noción Manzini <sup>36</sup> no solo aparece como pionero en la defensa del cúmulo de derechos que hoy se recogen en los grandes tratados internacionales de alcance universal o regional y que forman el amplio espectro de los Derechos Humanos sino que además precisa los tres extremos en los que debe situarse el puente levadizo del Orden Público como defensa del edificio legislativo del Estado: ante la entrada del Derecho extranjero, directamente por medio de la aplicación de sus normas materiales por el juez del Foro al venir estas reclamadas por la norma de colisión; ante la entrada del Derecho extranjero ya aplicado por el juez extranjero (entrada indirecta) en una sentencia extranjera cuyo reconocimiento y ejecución se pretende ante el juez de exequátur del foro, en fin, ante el reconocimiento de la validez de un contrato, u otro acto jurídico celebrado en el extranjero y determinado por el Derecho extranjero en cuanto que dicho reconocimiento le otorgaría efectos en el territorio del Estado.

Mancini, además al igual que otros juristas insistió en que se trata de un determinado grupo o sector de normas nacionales (las normas de economía política) podrían quedar afectadas por normas o instituciones económicas incompatibles extranjeras, este planteamiento –también expresado por

---

<sup>36</sup> MANCCINI Pascual Estanilao. “La Nacionalidad. El derecho de gentes”. Editorial Tecnos. Madrid España. Pág. 97.

WAECHTER<sup>37</sup>— se adelantó casi medio siglo al momento en que las instituciones económicas y la legislación nacidas de la revolución bolchevique de 1917 se presentaron como contrarias al Orden Público de los Estados europeos —al respecto alguna sentencia inglesa no lo considero así—. Por lo que en este extremo cabe señalar el rechazo que produjo ante los tribunales de Francia la regla soviética de expropiación sin indemnización en los asuntos Optorg —Sentencia del Tribunal de París del 12 de Diciembre de 1923— Repite —sentencia del tribunal de apelación de Aix del 23 de Diciembre de 1925 y la de 05 de marzo de 1928.

La argumentación del Tribunal de Casación Francés fue “considerando, según el recurso, que esta decisión negaría al gobierno soviético un derecho de propiedad, que le fue reconocido por expresa decisión de su legislación, por lo cual violaría una regla del Derecho internacional, admitida por todos los Estados que mantengan entre sí relaciones diplomáticas”.

El Tribunal de Apelación de Paris —Tribunal de Instancia Grande de Paris 1re. Ch., 1re. Sect. A. del 4-3-1988 “M. S.v.I.”— determinó que era contrario a la concepción francesa del Orden Público internacional la disposición de una sentencia suiza de divorcio que vedaba el divorcio al divorciado conforme al Artículo 150 del C.C. Suizo por contraer matrimonio en un plazo inferior a 2 años al resultar contraria a la libertad matrimonial. Se le reconoció la sentencia suiza por haberse realizado por tribunal competente, salvando la posibilidad por ser de Orden Público de contraer un nuevo matrimonio.

Puede resultar que en algunos casos en que una norma extranjera no es aplicada puede suceder que no sea necesario reemplazar la norma extranjera por otra pues la solución extranjera puede ser tomada en parte. Pudiéndose dar el caso, que el Tribunal aplique su propia ley lo regula es decir la “*lex fori*”.

Si se parte de que los tribunales de un Estado cuando tienen que apreciar una situación jurídica nacida bajo el imperio de una legislación extranjera deben

---

<sup>37</sup> WATCHER. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Reus. Madrid, España, 1890. Pág. 79.

hacerlo aplicando la ley extranjera esta regla no les obliga más que en la medida en que la aplicación de la ley extranjera, o el respeto de los derechos adquiridos en virtud de esta ley, no vaya contra principios o disposiciones de su ley nacional, consideradas como esenciales para el Orden Público.

Además atendiendo a que por el texto del Código Civil, artículo 1925 nadie está obligado a ceder su propiedad a no ser por causa de necesidad y utilidad públicas y previa siempre una justa indemnización regla que por los demás figura en casi todos los códigos y que ha sido confirmada por nuestra Constitución subsiguiente reduciéndola solo a la necesidad pública lo cual es una de las bases fundamentales de nuestras instituciones sociales; que no se le podría desconocer ante disposiciones de una legislación extranjera sin trastornar profundamente el orden establecido sobre el territorio de la República.

A partir del Decreto Soviético del 26 de enero de 1918 establece una nacionalización de la marina mercante rusa sin decir que los propietarios desposeídos recibirían una justa indemnización, este decreto instituye así un modo de adquirir la propiedad que no puede ser reconocido por los Tribunales Franceses<sup>38</sup>. La norma de que toda expropiación debe ser unida al justiprecio al propietario desposeído ha sido consagrada también por la jurisprudencia internacional; en ese sentido tenemos que el Tribunal permanente de Justicia Internacional en su sentencia de 25 de mayo de 1926 –decisión N° 7– referida a la expropiación de fábricas alemanas llevada a cabo por Polonia en la Alta Silesia, falló que la expropiación sin indemnización es contraria al Derecho común internacional no pudiendo los Estados tratar a los extranjeros como les plazca. Esta norma parece pertenece al Orden Público de la comunidad internacional, que es el único que tiene en cuenta un Tribunal Internacional, lo que fue expresado por el Tribunal Arbitral Mixto Germano-Rumano, en la Sentencia sobre el caso Negreau c. Meyer et Fils (1925).

---

<sup>38</sup> NIBOYET, Jean Paul. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Editorial Reus. Madrid, 1928. Págs. 429-430 Nota 2.



Mancini quiso equilibrar su sistema, excesivamente inclinado hacia el extremo de extraterritorialidad, por acción del principio de las nacionalidades y la desorbitación de la autonomía de la voluntad, introduciendo la territorialidad de una manera también amplia y general mediante esta invocación que en un sentido muy extendido hacia el Derecho público se combina con un plano de jusnaturalismo, con las exigencias concretas que impone la defensa de un orden político, jurídico, social y económico. El Orden Público es pues un elemento integrante y constitutivo del Derecho Internacional Privado y en justificación de toda limitación del principio de la personalidad de la ley o en fácil recurso, al que se acude cuando se decide imponer una solución no respetuosa con esa misma personalidad del Derecho.

FIORE<sup>39</sup> al sistematizar la doctrina de MANCINI sostiene al respecto que “en el territorio sujeto a otra soberanía no puede establecerse en virtud de una ley extranjera ningún principio ni realizarse ningún acto jurídico que esté en oposición con el Derecho público o con la ley que por motivos de Orden Público no admita la existencia de tal acto o lo prohíba expresamente.

Señala que toda diferencia entre la fórmula propuesta entre él y la de MANCINI y de otros consiste en que a nuestro modo de ver, la limitación no debe fundarse en que la ley extranjera se halla en oposición con la ley territorial, sino en que el acto jurídico que en virtud de una ley extranjera quiere verificarse en el territorio sometido a otra soberanía o a los efectos de este acto jurídico realizado en el extranjero y que deban desarrollarse en el territorio del Estado se hallen en oposición con el derecho público territorial o con las leyes de Orden Público allí vigentes<sup>40</sup>. WEISS, jurista francés también se circunscribió en esa línea.

En ese marco también aparece el jurista holandés JITTA quien va ha señalar que el concepto de Orden Público es de acuerdo a la función que hoy tiene el

---

<sup>39</sup> FIORI, Pascuale. “Derecho Internacional Privado”. 2ª edición. Madrid, España, 1889. Pág. 315.

<sup>40</sup> WEISS. “Derecho Internacional Privado I”. 2ª edición, Traducción español. Madrid, España, 1889. Pág. 315.

Derecho Internacional Privado esto es la exclusión de leyes extranjeras, siendo que para él, el Artículo 6 del Código Civil francés que haba de Orden Público y de las buenas costumbres, no formula directamente la excepción del Orden Público, pues es “un precepto de Derecho nacional referente a los contratos entre particulares y no a las leyes extranjeras; pero como los contratos tienen fuerza de ley, la doctrina y la jurisprudencia aplicaron a las leyes extranjeras la misma restricción, en virtud de la analogía” luego dice “en el Derecho privado nacional está interesado el Orden Público en todas las instituciones jurídicas que la ley no abandona a la libertad de los particulares: el estado de las personas es, en ese sentido, de Orden Público y por eso los particulares no pueden, verbigracia, determinar mediante un contrato, que su matrimonio haya de ser indisoluble o disoluble bajo condiciones distintas de las condiciones legales o subordinar el vínculo matrimonial a una condición o un término. Pero en el Derecho Internacional Privado, el principio del Orden Público <sup>41</sup> no se presenta de este modo, o con esa amplitud, cuyo efecto sería la paralización de la vida internacional, hay que tomar, pues la frase *–Orden Público–* dentro de nuestra ciencia, en sentido menos amplio, por más que cuando se trata de precisar, sea difícil entenderse.

La gran dificultad para llegar a una conclusión precisa y universalmente aplicable a la vez, consiste en la necesidad de limitar su aplicación a las leyes extranjeras” JITTA<sup>42</sup> vuelve a incidir en el dato nacionalista del Orden Público al decir “la definición del Orden Público (...) reviste (...) un carácter subjetivo, individual, que puede dar origen en dos Estados, a maneras de ver diametralmente opuestas”.

En consecuencia en JITTA el principio del Orden Público, considerado como regla universal, carece de valor y es demostración palmaria de la necesidad de adoptar en determinadas cuestiones el punto de vista individual de un estado determinado. Aun cuando tenga apariencia universal el principio en su

---

<sup>41</sup> El Orden Público funciona como institución de regulación en el Derecho Internacional que puede controlar el ingreso del Derecho extranjero contrario al Derecho interno.

<sup>42</sup> JITTA, Joseph. “Método de Derecho Internacional Privado”. Trad. español. Madrid, España, 1890. Págs. 177-178.

aplicación prevalece la individualidad de los Estados. Moral y Orden Público no son pues objeto de una convicción común de los Estados pues “si existe acuerdo acerca del principio teórico que sirve de base a la excepción general del Orden Público y de la moral, ese acuerdo cesa desde el momento en que se quiere precisar el alcance de la excepción y determinar sus consecuencias”.

En Francia los juristas Pillet y Bartin también contribuyeron a la elaboración de la noción del Orden Público.

Así para PILLET <sup>43</sup> “cuando se pronuncia el nombre de leyes de Orden Público en Derecho Internacional Privado, alúdase al principio más evidente de nuestra ciencia y al mismo tiempo a aquel cuya definición y análisis son los más difíciles. Lo que hay de evidente en esta materia es lo siguiente. Nadie duda que la obligación que pesa sobre un Estado de admitir en territorio la aplicación de leyes extranjeras tiene un límite, y que este se encuentra en el punto en que la ley extranjera tuviera por consecuencia comprometer la acción de cualquier principio que el Estado juzga indispensable para la salvaguardia de la sociedad particular que representa. Ante una necesidad tan imperiosa, no existe ni sentimiento de cortesía ni obligación internacional. Las relaciones internacionales solamente son lícitas mientras se mantienen inofensivas y dejarían de serlo si tendería a hacer aplicar en un territorio leyes del Estado interesado que son doblemente obligatorias; lo son para nacionales y lo son igualmente para los extranjeros en la persona de aquel en quien se den las condiciones de hecho que provocan la aplicación de la ley”. A continuación precisa: “las leyes de Orden Público son las que se refieren sobre todo a la comunidad, que aprovechan igualmente a todos, que están inscritas en interés de todos y no solamente en interés de cada uno”.

Apreciándose que en este jurista se identifica el Orden Público con las leyes generales, y en consecuencia toda ley territorial es además de ley general y de Orden Público, orientación que no es la correspondiente con la de Antonio

---

<sup>43</sup> PILLET, Antonie. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Tomo II. Traducción Española Madrid, España, 1923. Págs. 158-159.

Bustamante Sánchez y Sirven el mismo que establece al lado de las leyes de Orden Público internacional concibe las de Orden Público interno que se caracterizan por seguir siempre y en todo lugar a los nacionales del país de procedencia de tales normas.

La crítica a PILLET ha señalado que su doctrina es muy simple al calificar de ley territorial, pues esta ley ya es competente por la sola circunstancia de ser ley general.

BARTIN señala que las relaciones entre Estados suponen una comunidad de derecho, consecuencia de su grado de civilización de tal modo que entre Estados que están al mismo nivel de civilización es posible la aplicación de leyes procedentes de cada uno de ellos entre sí, pero no existiendo tal nivel, la aplicación será desechada acudiendo a la excepción de Orden Público.

DIENA<sup>44</sup> había formulado que las leyes de alcance territorial como las relativas a las propiedades y derechos reales, son diferentes de las de Orden Público; en ellas resulta de aplicación la ley del foro en todo caso en aquellas la territorialidad se refiere al lugar de situación y esa *les situs* debe ser aplicada por el Juez del foro bajo sanción se comprenda que contraría su Orden Público.

La denominada fase estrictamente clásica de elaboración del concepto de Orden Público se ultima con la aportación de Von Bar. A este autor alemán se le atribuye esencialmente la diferenciación entre el uso del Orden Público que realiza el Órgano Jurisdiccional para excluir la aplicación de leyes extranjeras de la que se produce cuando se trata de reconocer efectos jurídicos derivados de la aplicación de aquellas. Directamente influido por la posición de Brocher y en consecuente actitud de polémica con la doctrina italiana Von Bar plantea que el Órgano Jurisdiccional puede oponerse a que las leyes extranjeras sean invocadas para surtir efectos en el seno de la comunidad que el encarna, sin que ello implique tomar una actitud de hostilidad o de repudio respecto de esas mismas leyes (el símil se da, distinguiendo entre sus raíces y las ramas que

---

<sup>44</sup> DIENA. “Derecho Internacional Privado”. Turín, Italia, 1895. Págs. 391, 5.

invaden el espacio de la finca colindantes muy gráfico) las leyes del foro, los tribunales no se prestan a la realización directa de los efectos de determinadas leyes extranjera, pero sí pueden distinguir entre el reconocimiento de la ley extranjera como un simple hecho y el proceder a darle directa eficacia y ejecución en el Órgano Jurisdiccional, efecto que surte la Poligamia en relación con la filiación, alimentos. Con Zitelmann <sup>45</sup> se determina el término y culmina en lo esencial la doctrina alemana.

En la doctrina alemana KAHN formulaba una idea similar a la de BARTIN aunque a través de un razonamiento distinto las normas de conflicto del foro deben interpretarse como conteniendo una conexión subsidiaria a la ley del foro y su referencia no es a la totalidad de las leyes extranjeras sino solamente a aquellas que no se opongan al Orden Público del foro.

Esta es pues una etapa de elaboraciones del concepto de Orden Público.

En 1841 VON WATCHER señala “Si el juez de un Estado tiene que pronunciarse sobre una relación sobre la que incidan *leges cogentes* ¿no es verdad que la propia naturaleza de la *lex cogens*, impone como consecuencia que el Juez aplique la *lex* de su Estado y no otra extranjera que refiriéndose a lo mismo establezca lo contrario?, ¿Debe afirmarse conforme a la legislación de un Estado donde se ubica el Juez que una norma promulgada en consideración del bien público, del interés de la comunidad, del orden general y la seguridad colectiva o en consideración de exigencias de la justicia natural o de la religión debería en caso de colisión, ceder su puesto frente a una norma contraria de un Estado extranjero? A continuación señaló “es muy posible que la legislación de un Estado extranjero reconozca derechos que se encuentran en contradicción absoluta con aquellos principios morales y religiosos con aquellos conceptos acerca del derecho y de la justicia y con aquellas exigencias respecto del Orden Público de la seguridad de la convivencia y de la guarda del bienestar económico de los ciudadanos sobre los que esta basada la legislación de nuestro Estado. ¿Es admisible ahora afirmar que nuestro estado ha de reconocer y proteger tales derechos por ejemplo la esclavitud, el

---

<sup>45</sup> ZITELMAN. “La cláusula de reserva”. Pág. 297.

derecho a los intereses, al pago de deudas originadas por el juego, etc. Si y porque dichos derechos hayan sido adquiridos legalmente en aquel Estado extranjero, conforme a las leyes del Estado? Sobre la colisión entre las leyes de derechos privados de varios Estados trad. Esp. De WILHELM SCHNABEL<sup>46</sup> *Evolución Positiva*. Mirando el sistema jurídico se puede columbrar fácilmente la necesidad del Orden Público, pues se trata de una categoría jurídica indispensable en todo sistema positivo de Derecho Internacional Privado.

- **La legislación estatal** ha sido orientada en lo referente a regulación del Orden Público muy de cerca por la doctrina. Se debe explicar que inicialmente existía una confusión absoluta que se presentaba entre la territorialidad de las leyes y el Orden Público aparecía en los textos y su patentización aparece en el Artículo 3 del Código Napoleónico –las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio. Savigny <sup>47</sup> sin embargo tendría gravitación en el Código griego de 1856 que reproduce el díptico de leyes prohibitivas e instituciones desconocidas (el artículo 3 dice: las leyes relativas al Orden Público son obligatorias para todos en Grecia y el artículo 8 declara no pueden ser aplicadas por los tribunales griegos leyes extranjeras de Orden Público o que se refieran a instituciones jurídicas que no son reconocidas por las leyes griegas). En el Código Piamontés de 1865 se introduce en la evolución positiva una nueva fórmula del Orden Público que mezcla el concepto de las leyes de Derecho público, con las llamadas leyes de Orden Público que se oponen a toda ley, sentencia y disposición que pueda violentar el Orden Público buenas costumbres, etc. del Órgano Jurisdiccional. El artículo 11 dice: las leyes penales y las de policía y de seguridad pública obligan a todos los que se encuentran en el territorio del reino y el artículo 12 afirma: no obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, los actos y sentencias de un país extranjero y las disposiciones o convenciones privadas podrán derogar las leyes prohibitivas del reino

<sup>46</sup> Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. N° 4. Montevideo. Octubre 1951. Págs. 981-982 y enero N° 1 marzo 1954. Pág. 44.

<sup>47</sup> Savigny tuvo una especial influencia en los códigos y sistemas jurídicos que recepcionaron al Código Civil alemán de 1900.

concernientes a las personas bienes o actos, ni las leyes que afectan de cualquier manera al Orden Público y a las buenas costumbres.

La nueva concepción de la cláusula de reserva, patrocinada inicialmente por doctrina germánica, encuentra su consagración en el artículo 30 de la Ley de Introducción (textualmente dice: la aplicación de una ley extranjera queda excluida cuando su aplicación va en contra de las buenas costumbres o el fin de una ley alemana) y es seguida en forma parecida por la ley polaca (artículo 38) el Código griego (artículo 33), etc.

Las doctrinas nacionalistas actuales han encontrado igualmente, su traducción positiva. GHIL nos dice que la concepción de Ago tiene en la ley sueca de 1937 –materia de sucesiones en Derecho Internacional Privado– de un registro elocuente al declararse que las reglas de derecho extranjero manifiestamente contrarias a los fundamentos del orden jurídico del reino no serán aplicadas. Como una fórmula lapidaria el artículo 28 del Código egipcio se limita a decir “la aplicación de una ley extranjera en virtud de los artículos precedentes queda excluida si es contraria al Orden Público o a las buenas costumbres en Egipto”.

El artículo 36 del Código checo en 1963 está concebido en sentido de colaboración internacional y supone una noción restrictiva, BYRSTRCKY dice que es una disposición de orden puramente defensivo y excepcional y que debe ser aplicado restrictivamente.

El artículo 22 del Código Civil portugués dice: “no se aplicarán los preceptos de la ley extranjera indicados por la norma de colisión cuando esa aplicación envuelva ofensa a los principios fundamentales del Orden Público internacional del Estado Portugués”; el segundo párrafo es aún más explícito pues en él se acepta la doctrina de algunos juristas alemanes que no excluyen por completo el Derecho extranjero y que tratan de encontrar en él disposiciones que puedan ser aplicadas y solo en el caso de no ser posible proceden a la aplicación del derecho del Foro.

En el Código Civil argentino el artículo 3470 remite a la Ley de Francia del 14 de julio de 1819, que abolió el artículo 726 del Código Napoleónico en su artículo 1° por el cual se permite en consecuencia a los extranjeros suceder en Francia, de igual manera que los franceses, en ella aparece el influjo de Aubry y Rau respecto de la ley 14/07/1819, se plantea que la capacidad reconocida a los herederos extranjeros no se convierta en desmedro para los herederos franceses en una forma por mantener igualdad y las reglas de devolución sucesoria establecidas por la ley francesa. El artículo 2 de la referida ley dispone “En el caso de una división de una misma sucesión entre los coherederos extranjeros y franceses, estos últimos tomarán de los bienes situados en Francia, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero donde ellos fueran excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes y costumbres locales” los autores mencionados señalan que los sucesores extranjeros están en contra de los franceses.

El Código Francés <sup>48</sup> de 1804 es inspirado en cuanto a sus principios por las escuelas territorialistas que lo precedieron, y si bien por la Ley de 1819 se suprime la imposibilidad de suceder por los extranjeros en Francia, aparece un temor por la aplicación del Derecho extranjero como consecuencia natural del derecho sucesorio, lo que no sucede en el ordenamiento peruano por cuanto las ideas extraterritorialistas de Savigny.

Debe manifestarse que el sistema de mayorazgo resulta una defensa eficaz para los segundones franceses con relación a los bienes situados en Francia.

En tal sentido se puede afirmar que la solución francesa del siglo XIX coincide con la solución de Saliceto del Siglo XV de la Cual Velez Sarsfield lo traslada al artículo 3470 del Código Civil argentino motivos fundamentales para señalar la influencia del sistema jurídico del Río de la Plata.

---

<sup>48</sup> El Código Napoleónico tuvo una preferente recepción de los sistemas jurídicos territorialistas de los demás países.



- **La codificación convencional** del Derecho Internacional Privado ha buscado una postura *sui generis* respecto del Orden Público. Se ha tenido el criterio que los tratados internacionales podían patrocinar fórmulas más internacionalizadas del Orden Público, Incluso algunos internacionalistas plantearon que en el ámbito de una convención no tenía lugar un emplazamiento el Orden Público.

Lo cual se tiene que señalar que al nivel de las convenciones el Orden Público también resulta muy importante; habiendo surgido esta posibilidad que luego va ser defraudada por el rol que va a desempeñar La Haya. Al respecto Makarov<sup>49</sup> es quien mejor ha discurrido por esta problemática de las distintas sesiones de la conferencia.

Así Niboyet señala que en las tres primeras sesiones se intentó llegar a una concreción del Orden Público mediante un texto convencional o también por línea de una declaración unilateral de los estados que sería acompañado por las ratificaciones correspondientes. Se discutió en torno fundamentalmente a la posibilidad de una enunciación específica, casuística de aquellos supuestos en los que debía hacerse intervenir el Orden Público (sistema de lista) o también denominado *numerus clausus* o en la simple adopción de una fórmula general, cuya concretización sería a partir de la acción específica de los tribunales. Esta última solución fue la que paulatinamente se fue imponiendo de una manera firme desde la Convención de 1928 para culminar en los trabajos de la sesión de 1956. Makarov<sup>50</sup> señala que desde 1925 con el proyecto sobre Derecho de Sucesiones, la Conferencia de La Haya introdujo de manifiesta incompatibilidad con el Orden Público. Así encontramos el artículo 4 de la Convención en Materia de Alimentos de 1956 que expresamente señala “La ley declarada aplicable por la presente convención solo podrá ser eludida si su aplicación es manifiestamente incompatible con el Orden Público del Estado al que pertenece la autoridad decisora” una descripción parecida se encuentra en el artículo 7 de la Convención sobre formas de las disposiciones testamentarias –novena sesión– y en el artículo 16 de la Convención sobre

---

<sup>49</sup> MAKAROV. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 77.

<sup>50</sup> Ídem. Op. cit. Pág. 81.

Protección de Menores –Novena Sesión– esta fórmula se sigue aplicando en la Convención sobre Adopción de 1964, en la de Accidentes en Carretera de 1968, en las Convenciones sobre administración de las sucesiones y responsabilidad por causa de productos de 1972.

- **En lo referente a los proyectos** es interesante algunos textos muy elocuentes al respecto. En la segunda versión del proyecto de Benelux en su artículo 22 preceptúa “Se exceptúa la aplicación de las disposiciones de la presente ley, cuando esta aplicación suponga atentado al Orden Público, bien porque imponga la aplicación de una disposición de la ley extranjera, bien porque imponga la aplicación de una disposición de la ley holandesa, belga o luxemburguesa” Sperdutti ha señalado que se trata de una combinación del Orden Público interno e internacional.

El artículo 23 del primer proyecto francés prescribía “Son inaplicables en Francia todas las disposiciones de las legislaciones que puedan chocar con el Orden Público tal como lo califica Francia en sus relaciones internacionales. El artículo 2283 del tercer proyecto francés señala “No tendrán ninguna aplicación en Francia las leyes extranjeras manifiestamente incompatible con el Orden Público tal como es entendido en las relaciones internacionales”.

El artículo 15 del proyecto Húngaro decía “en ningún caso se aplicarán las disposiciones de una ley extranjera prevista por la presente ley si su aplicación es contraria a las buenas costumbres o a los principios fundamentales del derecho húngaro, que exigen una aplicación absoluta”.

El Instituto de Derecho Internacional ha intentado en ocasiones adoptar una posición respecto al Orden Público, lo cual siempre lo ha hecho siguiendo la línea de la Convención de La Haya y dentro de este marco en la sesión de París de 1910 emitió el siguiente voto que esencialmente dice “El Instituto expresa su deseo de que con el fin de evitar la incertidumbre a que se presta el arbitrio judicial y que compromete el interés de las partes cada legislación determine con toda precisión posible cuáles de sus disposiciones no serán jamás excluidas por una ley extranjera, incluso cuando esta pareciera

competente para regular la relación jurídica. Sería especialmente deseable que cada convención de Derecho Internacional Privado precise los puntos en los que cada país contratante crea encontrar una disposición de Orden Público que puede invalidar los principios mismos de la convención”.

- **La Jurisprudencia** es también muy importante en la individualización del Orden Público. La primera afirmación que puede indicarse es que casi todos los tribunales han usado de esta categoría jurídica en todos los sectores del Derecho siendo su papel más destacado en el Derecho de Familia, el de filiación, la deuda alimenticia la prescripción, la retroactividad o irretroactividad de las leyes la admisibilidad de las cláusulas compromisorias el alcance de la responsabilidad civil –derecho de daños– y la validez de determinadas cláusulas de exoneración las formas de protección de las personas, las condiciones de incapacidad, el régimen de las nacionalizaciones y expropiaciones, la reglamentación de determinadas cláusulas en contratos de préstamo, el régimen del conocimiento de embarque, la ilicitud por el objeto de los contratos, la represión del contrabando, etc.

En España <sup>51</sup> encontramos la siguiente ruta de la jurisprudencia Sentencia de 10 de enero de 1933 –Artigas Olivilla con Orange Crush company– respecto a nulidad de patentes el Tribunal Supremo señala “el concepto de Orden Público, que se refiere al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público, que comprende a toda organización social en sus aspectos múltiples, políticos económicos y jurídicos encierra primordialmente el principio de libertad de comercio, y el fomento de la riqueza nacional, consagrado en nuestro Derecho, que se lesionarían, con enorme agravio, mediante la eliminación irregular de sus actividades, frente a los intereses extranjeros concurrentes y privilegiados”.

En la Sentencia del 12 de mayo de 1944 –Cordonnier con Pruneda Cornago– primero dice que el Orden Público está determinado por “principios religiosos,

---

<sup>51</sup> La jurisprudencia española es la que más ha actuado dentro de los cánones de la defensa del derecho de los particulares frente al Estado y en igualdad de condiciones.

morales y jurídicos” y añade “ante el conflicto o colisión entre la ley extranjera aplicable y el Orden Público nacional debe prevalecer siempre, sin excepción alguna este último”.

En la sentencia del 23 de octubre de 1965 –Trabazo Domínguez y Domínguez Dopazo con Fernández Arca y otro– establece que “el principio de indisolubilidad que rige en el derecho patrio ha de reputarse de Orden Público y en consecuencia sin valor ni efecto alguno cuanto se oponga al mantenimiento de dicho principio”.

La sentencia del 5 de abril de 1966 –Benedicto-Barquero– reliva el factor de lugar y tiempo diciendo “(...) es necesario proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles y que constituyen lo que se llama Orden Público nacional que está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

La sentencia de 5 de julio de 1965 –Lowenthal con San Juan de Los Heros– se deberá entender en derecho de personas “(...) se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, y tal calificación debe aplicarse a la citada disposición legal – artículo 9 del C.C. – que afecta a la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico”.

La sentencia del 14 de noviembre de 1963 –Mourenza Sindin con Burgos Rodríguez y Ministerio Fiscal– señala “por objeto del Orden Público y las buenas costumbres que por afectar a la comunidad y por consecuencia al orden social, tienden a salvaguardar el interés general muy por encima y superior al privado de las partes (...)”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1970 dice “(...) no puede ponerse en marcha actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse ni mucho menos para

pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al Orden Público entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y este lo permitiera (...)."

La sentencia 10 de octubre de 1,960 –Ferriol Rodríguez con Ferriol Varela– en lo referente a la legitimación de hija adulterina por subsiguiente matrimonio de sus padres en lo referente a Orden Público señala que "(...) aun siendo muy vaga y confusa esa noción y aun siendo también exacta que la noción de Orden Público internacional tiene, legítimamente más amplio campo de aplicación en el Derecho público que en el privado, no por ello dejan de ofrecerse situaciones, como la de autos en que se produce una notoria colisión entre la ley extranjera y la nacional, y en tal supuesto solo la apelación al Orden Público puede salvar el conflicto y del propio modo que mediante una jurisprudencia reiterada y conocidísima, este tribunal ha puesto coto a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones y actos realizados en país extranjero, de igual suerte en este caso, se niega a parificar la situación de los hijos nacidos (...) en una de esas situaciones irregulares (...)".

La sentencia del 21 de diciembre de 1963 –Schwarz con Reig– distingue entre reconocimiento de un divorcio extranjero en España<sup>52</sup> que no podía admitirse y el efecto no contrario al Orden Público español dándose el pago de la pensión alimenticia lo mismo se menciona en la Sentencia 13 de de marzo de 1969 –Fernández Arrojo con Fernández Gonzáles y otros– establece diferencias entre la cuestión persona y la patrimonial entre cónyuges siendo la primera afectada por el Orden Público y señala "(...) solicitada y obtenida judicialmente, por la demandante, la separación de bienes para cuya eficacia extraterritorial no hay obstáculo alguno en nuestra patria, igual se dice la sentencia de 12 de junio de 1969 –Rodríguez Alonso con Merino de la Peña– en el sentido de un

---

<sup>52</sup> Las sentencias españolas como es de verse ceden ante la armonización del Derecho internacional como una fuente de utilización de los distintos mecanismos que resultan de efectuar los adecuados análisis de la realidad en que se desarrollan y buscan establecer mejores orientaciones al cumplimiento del Derecho extranjero.

matrimonio en el extranjero que origina sociedad conyugal y derechos sucesorios de los herederos de los cónyuges.

El auto del 17 de junio de 1937 –Walter c. Fernstein– se invoca el Orden Público para no reconocer una sentencia de divorcio alemán, por razón de no permitirse la competencia de tribunales para divorciar dos españoles de origen alemán con último domicilio en España “(...) pues tiene establecido la jurisprudencia de este Supremo Tribunal que las cuestiones relacionadas con el procedimiento, y sobre todo con la competencia de los tribunales de cada nación, se han de considerar de Orden Público”.

La sentencia de 6 de abril de 1963 –Renitex con Industrias de Mendoza S.A. – establece que los elementos esenciales de un negocio jurídico que de estar regido por una ley extranjera podría rechazarse si se opone al Orden Público y las modalidades de ejecución del mismo, en la Sentencia de 19 de Diciembre de 1,930 –Metropolitan opera company con Burró Fleta– se efectúa igual análisis respecto del contrato realizado en el extranjero.

La sentencia del 22 de noviembre de 1977 –Perea Morales con Foldssi Varady y Ministerio Fiscal– establece la doctrina del efecto atenuado en el caso de un extranjero divorciado en el extranjero y dice “la indisolubilidad del matrimonio es esencialmente básica en la organización de la familia e integrante del Orden Público español, pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones y con mayor razón ha de admitirlas cuando se trata de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, y según estas se admite el divorcio vincular” admitiendo también a “este respecto es necesario distinguir según que el previo matrimonio del cónyuge extranjero, fuera canónico o civil, pues, siendo canónico, una constante jurisprudencia de este T.S. estima que por razones de Orden Público el impedimento de ligamen persiste a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente Ley personal extranjero; y en cambio, siendo el matrimonio previo de carácter meramente civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de Orden Público han

obligado, cuando de matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal, y que en consecuencia, el nuevo matrimonio es válido”<sup>53</sup>.

Sin embargo con la nueva constitución española y la Ley 30 de 1981 del 7 de julio la Sala 1º del Tribunal Supremo en los exequátur se afirmó que el divorcio ya no era cuestión de Orden Público.

Así el acto del T.S. Fr. del 19 de marzo de 1,986 admite el Orden Público y deniega el exequátur a una sentencia norteamericana –del Estado de Nueva York– que divorcio a ingles y española por entender que la única prueba de las graves acusaciones e imputaciones hechas a la esposa –es tan solo el dicho del marido, contrariamente a lo establecido por el artículo 24 de la Constitución y de conformidad con el artículo 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debiendo entenderse como “licitud de la obligación” entendiéndose la dimensión procesal del Orden Público no pudiéndose admitir una sentencia cuando se constata una anómala actividad probatoria ante el foro extranjero que la dictó referencia legislativa –doctrina– confirmada por T.C. en sus sentencias del 15 de abril de 1986, de 26 de junio de 1986 y 23 de febrero de 1989 Rev. La Ley<sup>54</sup>.

Desde ya aparece que siempre es mejor el uso de frases como el Orden Público español y/o el Orden Público sin más adjetivos. El auto del 26 de Noviembre de 1979 que deniega el reconocimiento y ejecución en España de una sentencia francesa entre otras razones porque “(...) tratándose de cuestión que por afectar a una relación biológica paterno-filial, atañe en alguna medida al Orden Público interno del Estado requerido, ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39 párrafo 2º proposición segunda de la Constitución Española (...)” dice La ley posibilitará la investigación de la

---

<sup>53</sup> El “*favor matrimonii*” es siempre un elemento que el Derecho Internacional Privado ha defendido a través de los distintos fallos de la justicia sea nacional y/o extranjera.

<sup>54</sup> Así también se ha tratado de ser coincidente con el Derecho interno de los estados que deben ser respetados en todos las instancias judiciales.

paternidad quedo entonces subsistente la investigación de la paternidad conforme lo establece el artículo 32-2 de la Constitución, lo cual era para regular las causas de disolución del matrimonio, sin embargo, no estaba del todo prohibida allí esta el artículo 4 de la compilación del Derecho Civil Catalán.

Recientemente el T.S. a aplicado la excepción de Orden Público en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados *ex parte*, el Auto del 4 de julio de 1975 se aplica restrictiva el orden público en el Convenio de Nueva York 1958 sobre Arbitraje, en autos del 11 de febrero de 1981, 3 de junio de 1982, de 4 y 17 de diciembre de 1983 y 10 de febrero de 1984 – REMIRO BRONTONS<sup>55</sup>; en el mismo sentido el auto del 29 de abril de 1985 en el que se alegó que el plazo de prescripción de 6 meses señalado por el artículo 951 del Código de Comercio español, el mismo que no puede invocarse en el procedimiento de arbitraje inglés, a lo que el T.S. resuelve “pese a la indeterminación del concepto de Orden Público, existe casi unanimidad en asimilarlo a los principios básicos o fundamentales de la organización social y jurídica en los que se inspira el Derecho nacional, principios básicos que podrían verse afectados o vulnerados por la aplicación de una norma extranjera que pugnase con ellos y en segundo término que como excepción a la aplicación de dichos derechos extranjeros determinados por la norma de conflicto, debe ser interpretada restrictivamente, razonamientos los que expuestos llevan al rechazo de la indicada objeción, pues por mucha laxitud que quiera dársele al concepto de Orden Público, en modo alguno puede comprender la singular regulación de la institución de la prescripción en nuestro Derecho nacional, ya que ni siquiera forma parte del Derecho imperativo” – La Ley 10 de setiembre de 1985. De otro lado se tiene también que el Tribunal Supremo español establece qué leyes no son contrarios al Orden Público; es el caso de las leyes italianas número 555 del 13 de junio de 1912 y de 19 de mayo de 1975, en la materia del régimen económico del matrimonio dice (...) ni la aplicación que la resolución recurrida hace de la ley extranjera resultaba contraria al Orden Público en la fecha en

---

<sup>55</sup> REMIRO BROTONS, Antonio. “El reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos extranjeros”. T. 184. Págs. 319- 320.



que el matrimonio se contrajo (...)” lo cual viene de la actualidad del Orden Público.

El Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia con carácter general y sobre el Orden Público en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras que “antes de la entrada en vigor de la CE, la LEC –el artículo 954 y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contrarias al Orden Público del foro. Este concepto de Orden Público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la CE de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la CE garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, las autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o en su caso a los españoles y extranjeros. El Orden Público del foro<sup>56</sup> ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo CE”. Que aparecen en las sentencias del 15 de Abril de 1986 y del 23 de Febrero de 1989 y en la número 94 de 1984 que establece que la valoración del Orden Público no compete sino a la jurisdicción ordinaria, lo que señaló la sentencia del 15 de abril de 1986 “(...) no es a este tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria, a quien compete valorar, con respecto a la ejecución de una sentencia extranjera, cuales de entre estos requisitos son esenciales, por formar parte del Orden Público del foro. Para denegar o conceder el exequátur de las ejecutorias supremas”.

Luego en la sentencia del 23 de Febrero de 1989 se dice: “(...) el examen de los requisitos que derivan del Orden Público del foro, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que las establecen son cuestiones de legalidad ordinaria en sentido estricto y como tales están atribuidas de forma exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios. El T.C. no puede ni debe entrar en ellas, salvo en el supuesto de que se vulnere

---

<sup>56</sup> Incluso el Derecho foral tiene cierta autonomía frente al Derecho nacional español.

un derecho fundamental susceptible de amparo –LA LEY 4 de octubre de 1989, pág. 18.

En España<sup>57</sup> también aparece la jurisprudencia que produce la Dirección General de los Registros y del notariado se aplica el Orden Público para impedir la celebración en España de un matrimonio entre extranjeros divorciados en el extranjero conforme a su ley personal, en tal sentido las resoluciones del 22-11-1922 del 15-02-1941, del 10-01-1949 del 26 -03-1951, del 7-07-1952, del 10-08-1961, del 23-04-1970 y de relevancia especial del 3 de octubre de 1952 y 10 de Noviembre de 1961; habiéndose en algún momento no estimado la excepción de Orden Público respecto del matrimonio de español con extranjero divorciado Resoluciones del 11-10-1930 del 25-03-1950 y 06-06-1950 de 27-06-1969; sin embargo la “apertura” tiene lugar con las Resoluciones del 23-04-1970 que consideraba natural a la hija extranjera que era divorciada de matrimonio canónico en Alemania y de padre español soltero y de 18-09-1971 que permitía el matrimonio de dos ciudadanos españoles católicos, de la provincia de Sahara, divorciado de matrimonio no canónico celebrar nuevo matrimonio en España con español; en cambio, el Orden Público se alzaba si el matrimonio anterior lo era de clase canónica Resoluciones del 23-03, 05-04 y 24-08 del año 1976, en otros extremos se admitió el efecto atenuado en la recuperación de la nacionalidad española de la mujer que la había perdido por matrimonio con extranjero y posteriormente se vio divorciada en estos solos casos –Resoluciones de 8 y 26 de Marzo de 1951. Luego de la Constitución de 1978, la Resolución del 6 de Abril de 1979 autorizó el matrimonio de divorciado extranjero de matrimonio canónico porque “no es posible hoy estimar que solo respecto del matrimonio canónico, su indisolubilidad es de Orden Público, pues los principios constitucionales (...) impiden tales discriminaciones” y de otro lado a los españoles divorciados en el extranjero si favorece el Orden Público por cuanto así lo establecen la Resolución del 19 de octubre de 1979. Sin embargo, la Ley 30 del 07 de julio de 1981 desaparece estos impedimentos en cuanto a la constitución del

---

<sup>57</sup> Incluso en materia administrativa se aplica el Orden Público dentro del ámbito de la jurisprudencia española cuando se realiza una buena y adecuada apreciación del derecho.

divorcio, quedando solo para las causas, procedimientos y otros actos procesales en el mismo divorcio.

En algunos casos la norma de conflicto española establece aplicable la ley española dejando sin lugar la invocación del Orden Público<sup>58</sup>; en la Resolución del 13 de octubre de 1976 de la filiación adulterina de una española –al ser hija de madre soltera española y padre casado argentino, nacida en España– no se puede dar “por aplicación directa de la ley española –y no por la excepción de Orden Público– que impone la no inscripción del reconocimiento, dado lo señalado por el artículo 190 del Reglamento del Registro Civil”, sumisión que derivan en cuanto a la materia personal del artículo 9-1 del Código Civil.

En el caso del matrimonio consular solo asiste el caso de los extranjeros porque en el caso donde haya uno de los contrayentes españoles aceptando solo cuando ambos son extranjeros Resolución del 07 de Junio de 1949 a partir de la Resolución del 20 de Enero de 1982 desaparece el Orden Público para matrimonios consulares celebrados en España aun cuando uno de los contrayentes sea español.

En el Derecho español se ha dado una solución para señalar que el legislador en su derecho interregional no puede darse la excepción de Orden Público en el sentido que tiene en los conflictos internacionales, al efecto se señalan tres jurisprudencias.

La sentencia del 06 de octubre de 1906 (X.c.X) en lo referente a la noción de hija natural que el Derecho romano aplica como supletorio del Derecho navarro “(...) es abiertamente contrario al sentido del Derecho canónico al de la legislación común y a la de las ideas reinantes en las costumbres sociales” apreciándose atisbos del Orden Público. También se puede apreciar en igual sentido la Sentencia del 26 de julio de 1907 –Sancho c. ferian y otro–, en el que el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de que sea aplicable la

---

<sup>58</sup> La jurisprudencia española también ha sido ampulosa en lo referente a qué criterios deben esbozarse en todos los mecanismos que deben adoptar los distintos operadores jurisdiccionales en su quehacer.

Observancia única de *privilegio minorum* en cuanto declara la imprescriptibilidad de acciones para reclamar contra quienes adquieren bienes de menores aragoneses de 14 años “(...) porque la observancia (...) no puede significar que en cualquier tiempo puedan alegarse derechos perjudicados de algún menor para reivindicar determinados bienes, lo cual equivaldría a la inseguridad perpetua de la propiedad (...)”, deviniendo que la imprescriptibilidad sea de Orden Público.

Finalmente, encontramos que una norma foral que impide en su texto a los Tribunales a interpretar la Ley 6, Título 3, Libro 1 de la novísima Recopilación de Navarra establece que los tribunales “Juzguen por las leyes del Reino a la letra, sin darles interpretación” hoy sin embargo esa norma es de carácter insostenible actualmente por contradecir múltiples preceptos legales a Borrás Rodríguez Alegría<sup>59</sup>.

El Tribunal Internacional de la Haya en sentencia sobre Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia del 12 de julio de 1929 señaló “Antes de proceder a dicha determinación, hay que recordar, sin embargo, que puede ocurrir que la ley que el Tribunal estime aplicable a las obligaciones del caso presente sea declarada ineficaz en un territorio determinado por una ley nacional de ese territorio, ley de Orden Público y de aplicación ineludible por más que el contrato haya sido concluido bajo el régimen de una ley extranjera” y en la empresa sobre empréstitos brasileños emitidos en Francia “Desde luego el Tribunal apreciará libremente la jurisprudencia nacional. Si esta es incierta o dividida, corresponderá al Tribunal elegir la interpretación que estime más adecuada a ley. Como ya se ha observado el Tribunal en la sentencia relativa a los préstamos servios, sería particularmente delicado hacerlo allí donde se tratase de Orden Público –noción cuya definición en un país determinado depende en gran medida de la opinión que prevalezca en cada momento en este país– y cuando los textos no

---

<sup>59</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Alegría. “Calificación reenvío y Orden Público en Derecho Interregional español”. Págs. 69 y sgtes.

se pronuncien directamente sobre la cuestión de que se trate” –v. CPJI, serie A, num. 20-21, págs. 41 y 125, respectivamente–.

Después tenemos lo que señala el tribunal Internacional de Justicia que reemplazó al de carácter permanente en Sentencia del 28 de noviembre de 1958 en el Asunto relativo a la aplicación de la Convención de 1902 para regular la tutela de menores nos hace colegir que el Orden Público nacional opera frente a una ley extranjera reclamada por una norma de conflicto que aparece en un convenio internacional; caso Boll no tomo una decisión sobre la admisibilidad de la cláusula de reserva dentro de una convención internacional –la de Haya sobre tutela de menores– y dice “Al consagrar la competencia de la ley nacional del menor para regir la tutela de 1902 no ha querido estatuir sobre otra cosa que la tutela cuyo objeto propio es proveer a la protección del menor; no ha intentado regular ni restringir el campo de aplicación de leyes que responden a preocupaciones de carácter general” que sirvió a HENRI ROLIN para interpretar que se trata de un Orden Público internacional más allá de cada país con estas palabras “Orden Público internacional” no aparezcan en manera alguna en la sentencia del tribunal ¿Es exagerado considerar el pasaje reproducido en el sentido de que nos manifiesta un deseo de este orden? –V. Vers un ordre public reellement international<sup>60</sup>.

En Francia<sup>61</sup> los impedimentos para la celebración de matrimonio, ya por raza o religión –o obtención de divorcio– fueron considerados como de Orden Público en las sentencias del Tribunal de Pontoise del 06 de agosto de 1884, del Tribunal de Paris de 17 de Noviembre de 1922 y del Tribunal del Sena del 15 de febrero de 1922 sobre un polaco y francesa de distinta religión señala “Sin embargo, considerando que tal unión, celebrada en Bruselas ante el oficial del estado civil, es válido en Francia por aplicación del principio de Orden Público de la secularización del matrimonio (...), que por los mismos motivos su disolución puede ser pronunciada por el Tribunal de instancia (...) aunque la ley rabínica polaca no admita el divorcio entre los católicos y judíos” a la cual se

<sup>60</sup> En Libro Homenaje a Basdevant. “Henri Rolin Paris 1,960. Pág. 447.

<sup>61</sup> En Francia siempre se estuvo a un Derecho Internacional Privado, tendiente a defender los más elementales derechos humanos que pudieran ser los mejor asegurados por el Estado tanto a nacionales como extranjeros.

arrima que “los extranjeros no pueden prevalerse en Francia de su estatuto personal en lo que concierne al divorcio si su aplicación pone en peligro el Orden Público internacional”.

En materia sobre expropiación o nacionalización sin indemnización equitativa previamente fijada es contraria al Orden Público en tal sentido la Sentencia del Tribunal de Casación de 05 de Marzo de 1928 –caso Repite– del 14 de Marzo de 1939 –caso Potasas Ibéricas– del 02 de Marzo de 1955 y del 23 de Abril de 1969 sobre nacionalizaciones argelinas, al respecto de manera más amplia que lo meramente nacional se concibe el Orden Público en la Sentencia del Tribunal Civil del Sena (sala 5°) del 04 de Enero de 1956 –Spitzer c. Amunategui<sup>62</sup> dice “Si bien los jueces franceses no tienen porque sancionar ante los tribunales franceses los actos contrarios realizados en país extranjero al Orden Público nacional de este país, al menos considerar como lícitas y desprovistas de efecto por este motivo, las operaciones de contrabando que realizadas en fraude de leyes extranjeras, son contrarias a la conciencia pública y al Orden Público internacional, como sucede en este caso”.

En tráfico de Armas la Sentencia del Tribunal de Apelación de París (Sala 5°) del 09 de Febrero de 1966 –Favier c. Société Andersen– determinó “Que la acción respecto a la cual debe pronunciarse hoy el Tribunal, se refiere a la ejecución de una operación relativa a tráfico de armas de guerra; que este tráfico es contrario al Orden Público internacional, tal como este se conoce, sobre todo en relación al Acta General de la Conferencia de Bruselas del 2 de Julio de 1890 artículo 8 por el convenio concluido el 13 de Diciembre de 1906 entre Francia, Gran Bret  a  a e Italia y de que finalmente por el Convenio Internacional firmado el 17 de Junio de 1925 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, relativo a la represión del Tráfico de Armas, que ello resulta también del conjunto de la legislación francesa sobre la materia, especialmente el Decreto del 18 de Abril de 1939 por el que todo lo referente al comercio de armas de guerra es contrario al Orden Público francés (...).”.

---

<sup>62</sup> Francia buscó en lo posible impulsar que el orden público que no ha sido visto en el Derecho extranjero sea conocido por sus tribunales.

En el extremo de la función del Orden Público se puede verificar la Sentencia del Tribunal de Casación del 15 de Julio de 1963 y del 30 de Mayo de 1967 en las que se plantea que la “Sustitución por la ley francesa de la ley normalmente competente”.

En cuanto a filiación, la sentencia del Tribunal de Casación del 03 de Junio de 1966 declara que el establecimiento judicial de la filiación adulterina es contrario al Orden Público, la Sentencia del Tribunal de Casación del 08 de Noviembre de 1943 (caso Fayeulle) sustituye por la ley francesa la ley alemana en cuanto a la admisión de modos de prueba de filiación natural sin extenderlos a los efectos de esta ya que los previstos por la ley aplicable extranjera no eran contrarios al Orden Público francés.

La sentencia del Tribunal de la Gran Instancia de París (Sala 1°) del 22 de Enero de 1969, establecía que comparecer ante cónsul extranjero ocultando el estado civil y tomando el nombre de su amante francés por parte de una británica “es contrario al Orden Público francés en el sentido internacional de la expresión” y al lograr que se le confiriera al hijo el nombre de concubino “(...) este resultado es contrario al Orden Público francés, que se opone al reconocimiento de los hijos adulterinos y no consiente en dar a tales hijos el apellido del padre casado, lo cual revelaría públicamente la existencia de relaciones culposas y afectaría gravemente los intereses generales de la familia legítima” y recoge la fórmula general “(...) la reacción frente a una disposición contraria al Orden Público no es la misma según se trate de la adquisición de un derecho en Francia<sup>63</sup> o solamente de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley aplicable en virtud del Derecho internacional privado francés (...)” planteamiento ratificado en la Sentencia del Tribunal de Apelación de París (Sala 1°) del 1 de Julio de 1970 que señala en efecto “Por el artificio de un cambio de apellido y de una adopción obtenida conforme a una ley

---

<sup>63</sup> En Francia se dio un gran impulso para conseguir que los derechos extranjeros sean respetados en escrupuloso orden y al afecto se utilizó los mejores en cumplir con ese propósito de los operadores judiciales.

extranjera, la apelante ha eludido las reglas de Orden Público de la ley francesa prohibiendo a la concubina (...) llevar legalmente el nombre de su concubino y al hijo adulterino de padre adquirir el apellido de su autor” lo que “constituye una afectación al Orden Público en el sentido del Derecho internacional privado francés”.

En materia contractual la Sentencia del Tribunal de Casación del 21 de Junio de 1950 (Messageries Maritimes) estableció que la Ley de Canadá no era compatible con el Orden Público francés por lo que debía ser sustituidas por las reglas francesas que rigen los contratos internacionales.

En la materia de Derecho sucesorio encontramos la Sentencia del Tribunal de Casación del 17 de Noviembre de 1964 en la que se establece que la ley sucesoria coránica no es contraria al Orden Público salvo en la medida en que tacha a los no musulmanes de incapacidad. No debiéndose dejar de mencionar que mediante sentencia del 17 de Junio de 1972 –(caso Dame Bent Douchaib)– el Tribunal de Gran Instancia de París fue opuesta a la liquidación de una sucesión; en lo referente a los efectos de la sucesión la sentencia del 17 de Junio de 1972 fue superada por la del Tribunal de Apelación de París del 22 de Febrero de 1978 confirmada por el Tribunal de Casación (Sala 1° civil) del 3 de Enero de 1980 (caso Dame Bededdouche) al reconocer los derechos de la segunda viuda y de sus hijos.

En materia de Divorcio, la sentencia del Tribunal de Casación del 15 de Mayo de 1963 –caso Patiño– determinó que dado un matrimonio no pudiera acceder al divorcio o la separación a causa de las prohibiciones de las leyes de celebración nacional del matrimonio era contrario al Orden Público francés, se aplicó la ley francesa<sup>64</sup> sobre separación de cuerpos, la Sentencia del Tribunal de París del 28 de Junio de 1973 declaró que la ley camerunesa que prevé el divorcio del marido por adulterio, pero no permite invocar a la esposa las relaciones adúlteras de su esposo, es contraria al Orden Público francés; así

---

<sup>64</sup> Francia tuvo mucho cuidado en desarrollar el tema del divorcio a fin de no causar tropiezos con los distintos aspectos del derecho de familia.



como el Orden Público se opone en Francia a que las graves discrepancias matrimoniales sea hurgada solo por la ruptura del vínculo, debiendo admitirse que la separación de cuerpos aun cuando la ley nacional común –es el caso de la ley polaca– haya sido suprimida lo que efectivamente sucedía en Polonia por Decreto del 25 de Setiembre de 1945, conforme lo va ha determinar la Sentencia del Tribunal de París del 10 de Abril de 1973. Tiene antecedentes incluso en el siglo XIX las sentencias del Tribunal de Casación del 11 de Abril y 1 de Mayo de 1945 así como la del 17 de Abril de 1953 –caso Hirviere– distinguieron entre el divorcio en Francia entre 1884 y 1975 por mutuo consentimiento, lo cual se denegaba (creación de un derecho) del obtenido en el extranjero sin fraude a la ley francesa y de acuerdo a la norma de conflicto francesa el cual era reconocido.

En matrimonio poligámico se ha establecido que no se puede celebrar matrimonio en Francia en tanto no esté disuelto el anterior –Tribunal del Sena, sentencias de 21 de Junio de 1967 y 22 de Enero de 1968– en cambio algunos efectos no contrarios al Orden Público francés son admisibles por ejemplo liquidación del régimen matrimonial –Tribunal de Argel, sentencia del 9 de Febrero de 1910–. En Alimentos, el Tribunal de Casación en Sentencia del 28 de Enero de 1958 –(caso Chemouni c. Chemouni)– respecto a la segunda esposa señaló “Ver reconocido en este país una pensión alimenticia derivada de su calidad de esposa legítima, cualidad adquirida sin fraude en Túnez, de conformidad con su ley nacional competente” en otro aspecto se opone al Orden Público el efecto de vida en común, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Versailles del 31 de Marzo de 1965 –(caso Benamour)– al comprender que el segundo matrimonio<sup>65</sup> constituye una lesión sobre la primera esposa y que hacía intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal” y discriminar según los efectos, pues “(...) si el Orden Público internacional francés no se opone al reconocimiento de ciertos efectos, principalmente de orden pecuniario, de una unión bigámica contraída sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente según las normas francesas de

---

<sup>65</sup> Francia también siguió la línea doctrinaria de defensa del “*favor matrimonii*” para ello sus sentencias fueron en ese sentido propicias.

conflictos de leyes, no sucede lo mismo con respecto a los efectos personales de tal unión”.

La sentencia de Casación Social del 1 de Marzo de 1973 –(Caso Sefouni)– negó las prestaciones de maternidad a la segunda esposa. Cuando de lo que se trata es solicitar la nulidad del segundo matrimonio celebrado en el extranjero, al respecto el Tribunal de Gran Instancia de Lyon (Sala 1°, en Sentencia del 20 de Octubre de 1975 señaló que no se puede decretar “la nulidad de un acto que el interesado tenía derecho a verificar cuando lo llevo a cabo (...) que su segundo matrimonio era regular en la fecha en que lo contrajo (...)” al respecto si diese la adquisición a posteriori la nacionalidad francesa recién se le podrá exigir el matrimonio monogámico.

Tenemos algunas sentencias, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Nancy del 13 de Enero de 1955, –caso Henrich contra Mathieu–, en el que dado un supuesto de filiación adulterina se hace la distinción entre la adquisición de derechos en Francia y el reconocimiento en Francia de derecho ya adquiridos (C. 1955, pág. 525 nota de Lossouarn).

Sentencia del Tribunal de Apelación de París del 22 de Febrero de 1957, –caso Dame Zand c. Marmonnier–, en la que el Tribunal registra la modificación de la Ley de 1955 lo que ha determinado que el Orden Público francés permita admitir la deuda alimenticia en la filiación adulterina (R.C. 1958 página 84 y siguientes nota de Loussouarn insistiendo en que debe darse una interpretación realista del Orden Público y abordando el problema del momento en que debe fijarse la oposición del Orden Público).

Sentencia del Tribunal de Casación de Francia del 28 de Enero de 1958 –caso Dame Chemouni née Krieff contra Son mari–, mediante la que se insiste en diferenciar la adquisición de derechos en Francia y la posibilidad que en este país surtan efectos las derechos adquiridos en el extranjero sin fraude y con

arreglo a la leyes que informan el Derecho Internacional Privado Francés<sup>66</sup> (R.C.1958, pág. 110 nota de Jambu-Merlin).

Sentencia del Tribunal de Apelación de Rabat del 30 de Noviembre de 1948, –caso Riviere contra Riviere– afirmando la distinta acción del Orden Público según se trate de un pronunciamiento de divorcio por un tribunal francés o del reconocimiento en Francia de los efectos que se derivan de una sentencia extranjera (R.C. 1949, pág. 106 y sgs. Nota de Batiffol).

Sentencia del Tribunal de Suprema Instancia del Sena del 26 de Octubre de 1959, –caso Dame Spira contra Reichenfeld, por la que se declara que el Orden Público francés no se opone al reconocimiento de la repudiación unilateral de la mujer, según la ley mosaica, cuando se ha realizado fuera de Francia, de acuerdo a la ley nacional común de los esposos y sin violar derechos fundamentales (R.C. 1960, pág. 354 y sgs., con una nota bastante crítica de Loussouarn).

El Tribunal de Casación (Sala 1º Civil) sentencia del 10 de Julio de 1979 –sentencia posterior a la Constitución española de 1978 y anterior a la Ley de 1981 que reintroduce el divorcio en España –caso Van del plasche c. Dame Goderiaux– sostuvo sobre la ley española vigente: “(...) la aplicación de la ley extranjera que ignora el divorcio sin prohibir otro medio de poner fin a la vida en común no es contraria a la concepción francesa del Orden Público internacional”, corrigiendo la sentencia del Tribunal de apelación de Riom del 27 de Enero de 1978 que expresaba que la ley española que prohibía el divorcio y que resultaba aplicable según la norma de conflicto francesa “chocaría con el Orden Público francés”.

En la jurisprudencia Belga<sup>67</sup> el Tribunal de Casación se pronuncia en el sentido de la sentencia del Tribunal de Apelación de Riom - Francia y dice “la ley

---

<sup>66</sup> La adquisición de derechos en el Derecho Internacional Privado francés se realiza respetando escrupulosamente a todos los nacionales y extranjeros.

<sup>67</sup> En Bélgica también se actúa de manera que parece ser la continuación de los procedimientos del Derecho Internacional Privado en general.

extranjera que prohíbe el divorcio no es contraria al Orden Público internacional belga” en sentencias del 12 de Junio de 1941 –Caso Matkowsky, del 16 de Mayo de 1952 –caso Rossi– en lo referente a los efectos atenuados frente a un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero de acuerdo a ley personal, la Sentencia del Tribunal de Lieja del 23 de Abril de 1970 confirma la pensión a una viuda de tal matrimonio, en la sentencia del Tribunal de Casación del 4 de Mayo de 1950 –caso Vigouroux c. Vigouroux– señala que es Ley de Orden Público internacional cuando con ella se “haya querido ofender el orden moral, político y económico que con carácter fundamental está establecido en Bélgica”.

En la Jurisprudencia alemana<sup>68</sup> se encuentran las sentencias: a) la de Reichsgericht en sentencia del 01 de Junio de 1892 establece que el Orden Público alemán se opone a admitir responsabilidad del propietario de un buque que causa daño a otro en aguas extranjeras a causa de la impericia del piloto práctico del puerto en el caso de efecto positivo tenemos la sentencia del Reichgericht (Sala 3°) del 19 de Diciembre de 1921 sobre prescripción de créditos, en la cual se afirma que el Orden Público alemán se opone a la ley suiza que declara imprescriptible los créditos, pero que en la decisión final del problema no se recurre a la ley material alemana, sino a la ley suiza que fija el plazo de prescripción tomada como institución general (R.C. 1926, pág. 278) el Tribunal de Apelación estableció “la aplicación de una legislación extranjera que establezca la imprescriptibilidad de una deuda que iba contra el fin de la ley alemana, en el sentido del artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán” pero luego a contrario de la crítica del Tribunal Supremo determinó que “después que el Tribunal de Apelación ha declarado inaplicable en virtud del artículo 30, el texto de la Ley Suiza, debía haberse planteado la cuestión de saber si, en virtud de la misma operación, la competencia del Derecho suizo en general, se hallaba excluida o si, por el contrario la laguna resultante de la no aplicación del artículo 149 de la ley federal debía ser completada por el mismo Derecho suizo, solamente después de haber

---

<sup>68</sup> En el Derecho alemán se da una tendencia a no reconocer los derechos adquiridos en el extranjero.

constatado la imposibilidad de aplicar el Derecho suizo podía el Tribunal de Apelación recurrir al Derecho alemán. Incluso en este caso tenía la obligación de buscar en el Derecho alemán la disposición que mejor correspondiera al pensamiento del legislador extranjero”.

b) La de Reichsgericht en sentencia del 21 de Noviembre de 1958 en la cual se determina la aplicación de la ley alemana, excluyendo la austriaca –problema de esponsales– no por que la ley austriaca sea contraria al Orden Público alemán sino por la necesidad de proteger a las mujeres alemanas en virtud del aumento de esponsales de alemanas con extranjeros (R.C. 1959, pág. 68 nota de Mezger).

La sentencia del Tribunal Supremo federal del 9 de Enero de 1969 establece que es de Orden Público en Alemania, que los honorarios del abogado se hagan depender del resultado del pleito.

En la sentencia del 22 de junio de 1983 el Tribunal Supremo Federal Alemán<sup>69</sup> considera que el reconocimiento de una sentencia italiana –Audiencia Provincial de Florencia– que indicaba Derecho italiano a dos alemanes que habían intervenido en un accidente de circulación en Italia, no resulta contrario al Orden Público alemán siendo aun cuando el juez alemán habría aplicado al caso Derecho germánico que es como lo establece el párrafo 1 del Reglamento de Aplicación del Derecho el mismo que no tiene remisión internacional irrenunciable al Derecho alemán, de lo que se colige que una desviación de la norma de conflicto no afecta el Orden Público alemán.

En la jurisprudencia italiana encontramos:

La Sentencia del Tribunal de Apelación de Roma del 30 de Abril de 1959, – caso Laine contra Sterpa– en la que respecto a una sentencia de divorcio faccionada en el extranjero, se diferencia entre el Orden Público Internacional –

---

<sup>69</sup> En el ámbito del Derecho alemán se desarrolla una grave tendencia que tiene como propósito realizar distintos mecanismos de estudio de los principios del Derecho Internacional Privado.

al inspirarse en una convención internacional– y el interno –al inspirarse en una norma estatal– (Revista D.I., 1961, pág. 310).

En la jurisprudencia suiza encontramos:

La Sentencia del Tribunal Federal suizo del 12 de Febrero de 1958, –caso Ligna contra Baumgartner & CO. AG.– que confirma doctrina ya dominante al diferenciar aplicación directa de una ley extranjera y la creación de un derecho creado en Suiza en el marco del Orden Público atenuado (R.C., 1959, pág. 324 y siguientes. Nota de Mezger).

En la jurisprudencia belga encontramos:

La sentencia del Tribunal de casación belga del 4 de Mayo de 1950, –caso Vigouroux contra Vigouroux– que prescribe que una ley de Orden Público es de carácter interno y solo especialmente será de relevancia internacional cuando con la citada ley se haya querido defender el orden moral, político o económico con carácter fundamental está establecido en Bélgica (J.C. 1952, pág. 284 nota de Hennbico).

En la jurisprudencia anglosajona se da una oposición de usar el Orden Público como conveniencia política, o lo que resulte mejor para el bien común de la comunidad en –caso (Fender v. st. John Mildmay, (1938) al respecto Lor Atkín señaló “La Doctrina del Orden Público solo debería ser invocada en casos claros en que el daño para el público es sustancialmente incontestable y no depende de interferencias idiosincráticas de unas pocas mentes judiciales”.

En material contractual<sup>70</sup> se establece el caso Kaufman v Gerson (1904) para cuando se da contrato con coacción.

---

<sup>70</sup> Se plantea la necesidad de efectuar un mayor desarrollo de los criterios del Derecho Internacional Privado, que permiten realizar los distintos propósitos de los nacionales y extranjeros.

En materia de matrimonio el caso *Shemshadfard v. Shemshadfard* (1981), ha servido para declarar la validez de los matrimonios poligámicos al establecer cuando se trata de los mismos de aplicar el estatuto personal de los contrayentes. Los derechos sucesorios son reconocidos a los hijos en el caso *Sinha Peerage Claim* (1939) y *Hasmi* y el derecho de las viudas en el *In re Seto* (1978) y en el caso de inglesas en Inglaterra casadas poligámicamente se les reconoce derechos sobre el esposo domiciliado en Bagdad caso *In re velas*.

En la jurisprudencia Argentina; en materia de prescripción liberatoria de obligaciones contractuales, si el plazo de la ley extranjera es más largo que el que aparece en la ley Argentina no contraviene el Orden Público –sentencias de la Cámara Civil 1° del 4 de Diciembre de 1903, del 31 de Julio fr. 1929 y de la Cámara comercial del 11 de Mayo de 1940, en materia de familia la ley inglesa sostiene que retiene la patria potestad la madre casada por segunda ocasión sobre los hijos del primer matrimonio no es contraria al Orden Público (Sentencia de la Cámara Civil 1° de La Plata del 17 de Abril de 1917). En materia sucesoria la doctrina BOGGIANO<sup>71</sup> señala que el testamento sacramental catalán dado en Argentina cuya legislación no permite el estamento verbal no es contrario al Orden Público, lo que podría hacer que se arribe a que se puede señalar el mismo no es aplicable cuando se trata de cuestiones formales.

La Cámara Civil y Comercial de La Plata –Cámara 1 Sala II 14-5-1957 “Méndez Campos, Carlos v. Téllez, Mario F. (suc.)– estableció que para cambiar la aplicación de una ley extranjera juzgada pertinente, la misma deberá violar el Orden Público internacional argentino, concepto que se debe tener como desgajable del Orden Público interno. Se menciona al respecto que se daría dilación si la ley extranjera considerase imprescriptible una acción que aquí no lo es en un estado y dándose aun más razón cuando se permitieren en la ley extranjera pactos sobre renuncia anticipada de la prescripción. En cambio, de tratarse de una ley extranjera que consagre la imprescripción de la acción el

---

<sup>71</sup> BOGGIANO, Antonio. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As., Argentina. Pág. 281.

Juez del Estado del foro puede resolver con el plazo de prescripción que su sistema jurídico nacional le ofrece.

También en esta línea se alla el sistema jurídico italiano que en el artículo 16 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado prescribe que se debe “aplicar otros criterios de conexión eventualmente previstos para la hipótesis normativa, en defecto se aplica la ley italiana”.

Se aprecia un distinción bastante clara entre creación del derecho y su reconocimiento, por lo que se aplica el efecto atenuado y en otros casos el efecto reflejo.

Se ha señalado la existencia de un tercer tipo de Orden Público, –según Louis Lucas– se trataría de un Orden Público auténticamente internacional en el sentido de contravenir principios de carácter internacional, pertenecientes al mismo Derecho Internacional y a la moral internacional. En 1934 al glosar una sentencia francesa Niboyet había analizado el problema. En 1966 Louis-Lucas en la recensión a una sentencia del Tribunal de París del 09 de Febrero de 1966, en la que se invalida una operación de trafico de armas haciendo alusión de un Orden Público internacional. En igual forma puede tenerse presente la sentencia del 22 de junio de 1972 del Tribunal Supremo de la República de Bonn que declara nulo un contrato de exportación de bienes culturales y ello en base a principios internacionales recogidos por la UNESCO en su convención del 11 de noviembre de 1970 sobre este particular. También es importante la sentencia desde otra arista del Tribunal de Apelación de París<sup>72</sup> del 10 de Abril de 1973 en la que se apela al Orden Público francés diciendo que este “se opone a que en Francia la solución de grandes disensiones conyugales sea buscada exclusivamente mediante la ruptura del vínculo matrimonial pudiendo ser la separación de cuerpos un remedio (...). J. Foyer al comentar la misma (R. Critique 1974, pág. 500 y siguientes) que la solución es importante, pues marca el paso de un Orden Público puramente técnico y defensivo a un Orden Público más político y dinámico.

---

<sup>72</sup> Caso Kupka contra dame Kupka, observa una adecuada actuación frente a disensiones conyugales.



Se debe tomar en cuenta que juristas muy destacados como Spiropoulos, Badawi<sup>73</sup> –quienes consideraban que la ley sueca sobre protección de la educación de la juventud era una ley de Orden Público– el Juez inglés Sir Hersch Lauterpacht, reconocía que el Orden Público podía estimarse como principio general de los considerandos por el artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia pero admitiendo la condición de parte que una convención imponía ciertas limitaciones en la aplicación de la cláusula de reserva– Córdova –con interpretaciones de carácter excluyente por considerar que en una convención se alteran los supuestos y se hace no aconsejable la intervención del Orden Público o de la cláusula de reserva y el Juez ad hoc Offerhaus se atenía a la primera fase de la obra de la conferencia de La Haya en que rechazaba una cláusula general de reserva, finalmente se puede señalar que se llega a disminuir o negar la acción del Orden Público dentro del mecanismo de una convención internacional.

**DOCTRINAS CONTEMPORÁNEAS.-** La discusión hasta hace unas tres décadas era al respecto de cualquier exposición doctrinaria sobre Orden Público era la oposición entre las doctrinas latinas y germánicas.

Estos conflictos aparecen con Von Bar y también en los trabajos de Kahn que fueron ratificatorios de estos conflictos de orden ordinario; sin embargo, en los trabajos de Maury y Lagarde han contribuido de manera prominente a superar esa confrontación, haciendo señalamiento de similitudes y haciendo alusión a cuestiones y facetas que suponen un *despassement* del boceto primitivo.

Se podría plantear una clasificación en dos etapas:

### **1º Etapa de doctrinas Contemporáneas.-**

La doctrina contemporánea del Orden Público ofrecía las siguientes tendencias:

---

<sup>73</sup> BADAWI. “Derecho Internacional Privado”. Edit. Reus. Madrid, España, 1930. Pág. 281.

- a) La doctrina inicialmente latina (italiana) tal como había sido expuesta por Pascual Estanislao Manccini y refinada por Esperson, Fiore, Lomonaco, Diena etc. que había encontrado en Pillet un innovador significativo.  
PILLET<sup>74</sup> señala “cuando se pronuncia el nombre las leyes de Orden Público en Derecho internacional privado, alúdase al principio más evidente de nuestra ciencia y al mismo tiempo a aquel cuya definición y análisis son las más difíciles. Lo que hay de evidente en esta materia es lo siguiente. Nadie duda que la obligación que pesa sobre un Estado de admitir en su territorio la obligación aplicación.
- b) La doctrina francesa que tenía su mayor exponente a Bartin que arrancaba por la fusión de la herencia savigniana con las exigencias mínimas del nacionalismo francés (soberanía y particularismo).
- c) La doctrina germánica que partía de Savigny había ido progresivamente concretándose en cuanto al concepto y la aplicación del Orden Público para transformar este concepto en la específica cláusula de Reserva con los escritos muy agudos de Niemeyer, Zitelman, Melchior, etc.
- d) La doctrina anglosajona de la *public policy*, que hundía sus raíces en los mismos estatutarios holandeses y que después de la elaboración de Story se orientaba con sentido restrictivo, inspirada por la acción judicial y actuando en planos distintos, como la defensa de principios esenciales del foro limitando el reconocimiento de los derechos adquiridos, e insistiendo en la necesidad de adoptar una postura liberal respecto de los derechos y concepciones extranjeras (juez Cardozo Nussbaum, Vries, etc.).
- e) Las doctrinas nacionalistas italianas en las que la noción clave de la incorporación, de la inserción encauzaban la noción del Orden Público como una medida extraordinaria destinada a suspender la incorporación del derecho material extranjero, un filtro por la que se depuraba, la integración del derecho material extranjero, excluyendo determinadas normas y reconocimiento de actos y de sentencias.

---

<sup>74</sup> PILLET, Amtoine. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Tomo II. Edit. Reus. Traducción Española. Madrid, España, 1923. Pág. 167.

Sin embargo es inobjetable que se dan dos polos teóricos, la doctrina latina y la doctrina germánica lo que cabe que se establezca una adecuada pormenorización de las mismas:

**a) Doctrina Latina.**- Se podría señalar que esta doctrina ha pasado por tres momentos ordinarios.

- 1) Etapa en la cual el Orden Público es amplísimo y a su vez totalmente impreciso e indeterminado, es la denominada concepción de Mancini.
- 2) En la segunda etapa se intenta concretar el principio de Orden Público y para ello se recurre a distintos expedientes; se habla de unas leyes de Orden Público –Sistema planteado por Pillet– se tiende hacia un sistema de Lista por el que se determina específicamente qué leyes serán las que *ab initio* aplicará el Foro, excluyendo toda eventual efectividad de normas materiales extranjeras (Laghi, Antonio Bustamante Sánchez y Sirven ..) se distingue nítidamente entre Orden Público internacional y Orden Público interno, para no considerar nada más que el primero o para darle efectos y alcances distintos a cada uno de ellos (Brocher); se atiende a la persona a la que puede obligar las disposiciones de Orden Público, partiendo de la diferencia entre nacional y extranjero y de la presencia en el territorio o no (Despagnet, Valery, Louis Lucas...) se busca una orientación en la aplicación del Orden Público guiados por el fin social de la ley, la defensa del orden social, de los derechos de la sociedad (FEDOSI, Catellani, Laurent.....).
- 3) En un tercer momento nos encontramos ante la renovación realizada por Bartin, que centrándose en la noción de la “comunidad de derecho” y en su defensa, procede a distinguir el Orden Público de la limitación impuesta a la voluntad de los contratantes y de la aplicación que con carácter de absoluta se atribuye a determinadas leyes. El Orden Público es para el francés Bartin<sup>75</sup> una de las tres manifestaciones de la territorialidad y siempre una exteriorización de la soberanía del Foro –Solo puede hablarse de un Orden Público nacional–. En este proceso resulta

---

<sup>75</sup> BARTIN, Etienne. “Derecho Internacional Privado”. Domat - Motcherestien Edit. París, Francia, 1935. Pág. 181.

visible la aproximación con la concepción germánica de la cláusula de reserva. Por encima de esta evolución persisten unas notas, que en su día fueron rasgos, y estas son: carácter general del Orden Público combinación del efecto positivo.

**b) Doctrina Germánica.**- Desde un inicio el Orden Público se presentó como una medida anormal una excepción a la relación usual de las normas de colisión de los principios generales (Savigny) Khan planteó que en la doctrina de Savigny habían puntos débiles e incluso emparentamiento con la doctrina Latina se procedió a establecer la concretización del concepto que dio por resultado la noción de la cláusula de reserva (Nimeyer, Zitelman, Habicht, Neumann). Los juristas alemanes se encontraron con este concepto, pero también con el artículo 30 de la Ley de Introducción (cuya redacción había sido la culminación de un proceso no del todo simple) y con una jurisprudencia muy atenta al problema. Condicionados por la noción de la Cláusula de Reserva, procedieron a insistir en la nota de excepcionalidad, en el carácter limitado y restringido de su aplicación, en el efecto fundamental negativo, de evicción del Orden Público, como comentaristas del artículo 30 de la Ley de Introducción, tenían que insistir en la acción judicial, pues el precepto se refería a las buenas costumbres y del fin de las leyes alemanas, y esto requería una interpretación y concreción que solo los tribunales lo podían efectuar.

Al mismo tiempo, la doctrina alemana seguida por el trabajo de Khan y por la misma actitud de Von Bar tendería a señalar un eje de acción: la necesidad de una determinada conexión con el Foro (lo que llaman Binnen o inlandsbeziehung) Para terminar con el intento de poner la cláusula de reserva dentro del esquema formal de una norma de Colisión que podía ser general o especial (Kahn, Zitelmann).

En 1,930 Khan enfrentando lo que denominó la escuela romanista del Orden Público, criticó la confusión proveniente de Mancini entre leyes imperativas o leyes de policía y “leyes de Orden Público” de igual modo encontramos a Bartin quien señala que el reenvío, las calificaciones y el Orden Público, como características del sistema conflictual de un estado cualquiera.

Sin embargo no crearon la noción del Orden Público, pues esta ya se encontraba explicada por la doctrina universalista.

A mitad y finales del siglo XIX se mezclaron universalismo y protagonismo de la personalidad de las leyes, caracterizaron las escuelas continentales (Laurent, Mancini, Brocher, Alberic Rolin, Von Bar, Zitelman), llevaron a los autores a imbricar la noción de Orden Público a la aplicación de las leyes territoriales, en doctrina se partió del presupuesto de que las “leyes de Orden Público internacional” son un conjunto legislativo de aplicación territorial que se “confundían” al mismo tiempo con las “leyes de policía”. Se establecía una analogía de las “leyes que interesan al Orden Público” en derecho interno que los contratantes no pueden derogar y el núcleo más pequeño las “leyes de Orden Público internacional” el mismo que prevalece sobre el Derecho extranjero.

El carácter excepcional y funcional del Orden Público en Derecho internacional privado resultó muy aceptado (Kosters-Dubbink, Lagarde, Neuhaus, Wengler). También en sentido diferente pero contrario a lo planteado por Mancini encontramos a GRAULICH<sup>76</sup>.

LEWALD (núms. 119-122) plantea que se debe descartar la noción “normas de conflicto de Orden Público”, lo cual nos parece adecuado por cuanto permite establecer que existe una gran diferencia entre el significado de norma de conflicto con lo que significa el orden público que siendo parte integrante del Derecho internacional no responde a la estructura de la norma de conflicto.

Siguiendo que al darse todo el cuestionamiento de lo que ocurrirá en el criterio que se planteó respecto a que con la crítica se debe que a la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Bélgica del 02 de Abril de 1981 “Considerando que una ley de Orden Público interno solo es de orden internacional si (...)” Josi c. Dhont Rev. Crit. Jur. Belge 1983, 503).

---

<sup>76</sup> GRAULICH. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 81.

## **2º Etapa de doctrinas contemporáneas.**

Se debe señalar que los sistemas doctrinarios de los países han ido buscando y centrando en superar la oposición de tiempos anteriores y de llegar a una sintetización de los mismos.

En la primera edición de Mariano Aguilar Navarro<sup>77</sup> emplea la noción Doctrinas Realistas lo cual demuestra que esta era una posición que después va a ser parte de la evolución del Orden Público actualmente. En otro lado tenemos que la misma frase fue usada por el jurista Lepaulle y en posteriores aportes doctrinarios y comentarios jurisprudenciales se ha consolidado este proceso. Se plantea que actualmente el Orden Público responde a unos rasgos que derivan de una concepción realista y funcional y de los que como más importantes destacan:

- 1) La relevancia que tiene la coyuntura social e histórica para explicarse el nacimiento y la aplicación del principio.
- 2) La relación íntima entre los fundamentos del orden social y jurídico del Estado con la acción de defensa que realiza el Orden Público.
- 3) La función condicionante del Orden Público como instrumento que determina en qué límites es posible la coordinación de los sistemas y/o la combinación de la acción de los ordenamientos jurídicos.
- 4) El marcado carácter judicial, casuístico que ofrece el Orden Público por su condición de correctivo funcional y del que el Foro se sirve para defender unos postulados o principios, unos intereses, pero para cumplir el cometido y la finalidad que justifican la existencia del Derecho Internacional Privado (Armonía de las decisiones, justicia formal respeto de los derechos adquiridos, actitud liberal frente a los conceptos que informan otros ordenamientos comunitarios).
- 5) Reconocimiento de la generalidad y de la elasticidad que presiden la formulación y la aplicación del Orden Público, para precisa aun más la

---

<sup>77</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Derecho Internacional Privado". Universidad Complutense Facultad de Derecho. Madrid, España. Pág. 419.

orientación conciliadora del Orden Público, reservando su acción a la defensa de principios esenciales, oponiéndose solo cuando se trate de diferencias muy grandes, de contradicciones manifiestas (WENGLER. Sistema de las últimas convenciones de La Haya, etc.) debiendo tenerse muy en cuenta las consecuencias que puede derivarse de la admisión de ciertos efectos nacidos de leyes extranjeras y de situaciones creadas en el extranjero— Teoría del efecto atenuado del Orden Público —francesa— de la in andsbeziehung —alemana—.

- 6) Atenta consideración de la dimensión universal supranacional, que subyace e inspira al Derecho Internacional Privado y que se hace ostensible en el Orden Público tanto por la defensa que este hace de los fundamentos en que se apoya la coexistencia y cooperación de los ordenamientos nacionales como por el registro que encuentra en el Orden Público los principios de justicia del derecho natural, de las libertades y de los derechos fundamentales del hombre —Lerbous-Pigeonniere, Rolin, Lauerpacht, la jurisprudencia (...). Finalmente debe señalarse que Quadri y Sperdutti confirman una tesis de carácter positiva del Orden Público<sup>78</sup> o procede a un acercamiento del Orden Público con el internacional.

---

<sup>78</sup> Se pretende vincular estrictamente el Orden Público interno con el Orden Público internacional.

## II.2 MARCO TEÓRICO

### ORDEN PUBLICO.-

Para realizar un estudio debemos arrancar revisando los caracteres generales de todo ordenamiento jurídico, inicialmente se nos ha hablado en doctrina de dos extremos, de un “derecho imperativo, taxativo o necesario” al cual también se le conoce como *Ius Cogens* <sup>79</sup> cuyas normas se imponen en todo caso a la voluntad de los particulares o sujetos del ordenamiento y de otro lado un “derecho dispositivo, supletivo o voluntario” también conocido como *Ius dispositivum* donde se puede dar el pacto en contrario, inicialmente se debe estimar que fue este razonamiento el que determinó la existencia de la dicotomía entre Derecho privado y Derecho público incluso se presentó una tendencia a separar del Derecho civil el denominado Derecho de familia, pero a continuación este debate decreció en su interés, habiéndose retomado recientemente, en los diferentes foros centro y suramericanos.

### EL ORDEN PÚBLICO TIENE EMPATÍA CON EL DERECHO PÚBLICO

Se parte de la máxima romana que apuntaba *privatorum conventio iure público non derogat* (la convención de los particulares no deroga el Derecho público) posición a la que se debe agregar que no solo el Derecho público contiene disposiciones de Orden Público sino que también el Derecho privado las contiene.

### EL ORDEN PÚBLICO REPRESENTA LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

Se señala que el Orden Público es voluntad del legislador, sin embargo esto no es cierto pues sus fundamentos necesitan ser conocidos por los operadores jurisdiccionales.

---

<sup>79</sup> CASADO RAIGON, Rafael. “Notas sobre el Ius Cogens Internacional”. Córdoba Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, España, 1991. Pág. 71.



### **CRITERIO INTUITIVO.**

MOURLON ha dicho que el Orden Público “más se siente que se define” que no se puede asumir por ser incompleta e insuficiente y no proporcionar al intérprete los elementos necesarios para que se pronuncie el o los operadores jurídicos.

### **CRITERIO CASUISTA.**

Diferentes autores frente a la ausencia de un concepto general del Orden Público, alientan para que se agrupen las normas consideradas de este orden y se clasifiquen según diversos criterios (así, por rama jurídica, finalidad perseguida por la ley, instituciones jurídicas, etc.) propuesta que ha venido a significar de carácter meramente descriptiva, al no establecer un criterio general que permita precisar en cada caso cuándo estamos frente al Orden Público, qué es lo más importante, dándole a esta opción solo una utilidad didáctica, es decir, para exponer o desarrollar el tema, solo eso.

En el debate entre los grandes sistemas que se plantearon alrededor del siglo XI, tenemos el sistema de Story<sup>80</sup> se fundó en la territorialidad del Derecho y consideraba la mayor parte de las relaciones de Derecho del *public policy*, Savigniano se funda en la idea de la extraterritorialización de las leyes del Derecho, y la aplicación de excepciones es de el carácter de remedio, y apreciaba que estas excepciones desaparecerían con el transcurso del tiempo. Luego tenemos que se puede tener desde la óptica de –lo que antiguamente se denominaba Derecho continental– la opción de reconocer dos aspectos fundantes y son:

- Como un elemento fundamental prioritario y de la misma vital importancia que el tema de la aplicación del Derecho extranjero, donde se puede ubicar Pascual Stanislao Mancini –representante de la Escuela de la personalidad del Derecho y sus seguidores Weiss, Fiore y Pillet, se considera al Orden Público–

---

<sup>80</sup> STORY, Joseph. “Los conflictos de leyes”. Pág. 181.

Niboyet<sup>81</sup> “de una competencia absolutamente normal”. De otro lado también establecen que la ley de la nacionalidad del individuo tiene competencia universal, sin embargo, se presentan tres excepciones que son la autonomía de la voluntad, la forma de los actos y el Orden Público internacional (de lo cual, se sostiene, requiere una mayor comprensión y alcance, siendo que para estos autores el Orden Público viene a ser en realidad una excepción a la ley de la nacionalidad, que será de carácter permanente, es decir, donde esta escuela hace intervenir el Orden Público no se aplica la ley nacional ni se podrá aplicar, concluyéndose que la denominada Escuela de la Personalidad del Derecho se compenetra con la competencia normal del Orden Público.

Resuelve el problema del contenido del Orden Público usando el sistema de calificación apriorística de las leyes de Orden Público, al que consideran “como un conjunto de disposiciones”.

En este ámbito aparece Antoine Pillet que clasifica a priori el contenido de las leyes de Orden Público en: 1) De Orden Público. 2) Acerca de la propiedad. 3) Referentes a la seguridad personal. 4) De crédito público. 5) Procesales de ineludible cumplimiento. 6) Fiscales. 7) Morales. 8) Referentes al orden. Finalmente podemos afirmar para este ámbito del pensamiento el “Orden Público internacional” es un dispositivo de defensa contra la importación de derecho extranjero nocivo, está dirigido hacia dentro, tiene su dirigimiento “hacia fuera”.

- Como remedio excepcional, como una última reserva que excluye la aplicación del Derecho extranjero, que se plantean entre los que se acomodaban al lado de las tesis savignianas. Consideran que el instituto reviste el carácter excepcional, y es “un conjunto de principios”.

Lo que vino a determinar que el Derecho Internacional Privado no solo es privado porque aparece la autonomía de la voluntad sino que además

---

<sup>81</sup> NIBOYET, Jean Paul. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Editorial Reus. España, 1930. Pág. 389.

interviene la soberanía del Estado, sin embargo debemos hacer la actuación y presencia de las normas de *Ius Cogens*.

De otro lado, debemos establecer que hay una orientación doctrinaria que niega autenticidad al Derecho Internacional todos se establecen en virtud de que nadie de más nivel que las normas que produce los estados; esta posición sin embargo no tuvo suficiente asidero pues la comunidad jurídica no la tuvo en cuenta.

Morelli ha señalado que en el Derecho Internacional Privado se puede admitir la existencia de normas dispositivas e imperativas.

En 1937 Verdross planteó una cerrada defensa de los principios y normas de *Ius Cogens* internacional señaló que igual que en el derecho interno de los Estados quedan prohibidos los convenios contrarios a la moral o las buenas costumbres en lo internacional deberían considerarse ilícitos los casos de atentados de la libertad, dignidad o intereses vitales de los Estados que deben ser vistos desde un ángulo que permita su posibilidad y conveniencia.

Se inicia después de la Segunda Guerra Mundial en el tercer informe del tercer ponente Sir Peral Fitzmaurice en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU durante la codificación del Derecho de Tratados de 1949 planteó la posibilidad de existencia de normas imperativas que pudieran influir en la contratación internacional. Este debate ocurrió durante el estudio de los artículos 16 al 20 denominado Sección "requisitos relativos al objeto del Tratado.

#### Artículo 16 *Licitud del Objeto*.- (...)

2.- Para la validez de un tratado es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios y normas del Derecho Internacional que tienen el carácter de *Ius Cogens* o que en su ejecución no implique una infracción de tales principios o reglas.

En este procederemos a resolver con arreglo del espacio que ha establecido la doctrina en las más grande fuente del denominado *Civil law*.

La doctrina francesa; en la cual NIBOYET<sup>82</sup> apartándose de BARTIN señala “el Orden Público que se invoca en la práctica cotidiana, interviene en las relaciones de países que, en cuanto a civilización están tan adelantados los unos como los otros, pero que a veces han reglamentado de un modo diferente ciertas instituciones”; también incide en que “para que se aplique una ley extranjera es preciso que entre los países exista no de una manera general sino sobre cada punto en cuestión –Divorcio, reclamación de alimentos, etc.– un *minimun* de equivalencia de legislaciones. Si se desciende más abajo de ese *minimun*, ocurrirá lo que sucede cuando torcemos la llave de un conmutador eléctrico para apagar la luz; la corriente cesa y ya no hay interpenetración jurídica (...)”. Si no se da el *minimun* de equivalencia jurídica necesaria para llegar de una legislación a otra deberá evitarse aplicar la ley extranjera debiendo al efecto “recurrir a la noción de Orden Público, pues aplicar dicha ley que quebrantaría el orden del país donde se invoca” J.P. NIBOYET<sup>83</sup>. Con lo que pues ante la expresión de la función del Orden Público que maneja NIBOYET, que luego LAGARDE, al indicar que la definición del concepto de Orden Público resulta cuestión imposible prácticamente debido a que se trata de una noción puramente funcional, por lo que más bien lo único factible es acotar el ámbito de su función, precisarla - Recherches. Sur l’ order public en Droit international privé. París 1959, págs. 174-175.

VALERY Y LOUIS-LUCAS refieren a reglas imperativas en cuanto a contenido. Pero siendo tan imperativa la norma que fija la legítima de los hijos como la que prohíbe el divorcio –tal como lo señala el español MIAJA DE LA MUELA quien dice “sin embargo la primera se impone solo como obligatoria en las sucesiones de españoles, mientras que un tribunal español en ningún caso podrá conceder la ruptura del vínculo a un matrimonio extranjero” –lo cual es planteado por MIAJA DE LA MUELA escribe esto antes de la reintroducción en España del divorcio vincular por la Ley 30/1981 del 07 de julio–. Siendo

---

<sup>82</sup> NIBOYET, Jean Paul. Op. cit. Pág. 389.

<sup>83</sup> Ídem. Pág. 388.

gravitante entender en qué momento una ley imperativa puede ser descartada por la aplicación de una ley extranjera y en cuales debe ser a la inversa.

DEMOLOMBE en *Cours Deritto Privato*. “La doctrina lo ha abandonado; ley de Orden Público y Derecho público no son conceptos coincidentes; si bien todo el derecho público es en principio de Orden Público, hay en el Derecho privado numerosas disposiciones consideradas de Orden Público, lo que no las subtrae de la rama de la legislación a que pertenecen”.

ENNECERUS Ludwig <sup>84</sup>, quien señala “es el considerar leyes de Orden Público aquellas que han sido dictadas en el interés de la sociedad por oposición a las dictadas teniendo preferentemente en mira el interés individual”. PLANIOL define el Orden Público como “disposiciones de la ley motivadas por un interés general”.

CAPITANT en “Introducción al Derecho Civil” habla de los principios superiores “políticos, económicos, morales, y algunas veces religiosos, a las cuales una sociedad considera estrechamente vinculada a la existencia y conservación de la organización social establecida”.

AGLAVE en “Acción del Ministerio Público y de la Teoría del Derecho de Orden Público en materia civil” señala que “el Orden Público es el orden de la sociedad considerada bajo el punto de vista moral como bajo el punto de vista material, en el dominio de las ideas como en el dominio de los hechos, el Orden Público es, pues, la organización de la sociedad y en consecuencia, las leyes que le interesan son las reglan más o menos directamente esa organización”.

CALANDRELLI en J.A. 48-793 señala como leyes de Orden Público aquellas cuyo desconocimiento “tenga por consecuencia poner en peligro el equilibrio entre el hombre y el Estado, el equilibrio armónico entre las relaciones que

---

<sup>84</sup> ENNECERUS, Ludwig. “Derecho Civil Parte General”. Editorial Civitas. Barcelona, España, 1997. Pág. 197.

constituyen la vida individual y la vida nacional, quebrantándolo en perjuicio de la armonía debida que es la resultante de aquel”.

MARTÍNEZ PAZ. E.<sup>85</sup> señala que al respecto debe estimarse que el concepto de Orden Público “equivale al de espíritu de las leyes o al de fin de la legislación”, en referencia lo que prescribe al artículo 14 inc. 2 del Código Civil alemán, así como al artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán, la misma taxativamente indica que es inaplicable la ley extranjera cuando se opone al “fin de una ley alemana”.

MOURLON<sup>86</sup> señala que con este propósito “debe dejarse el Orden Público a la intuitividad del intérprete”, es decir, concibe al Orden Público como algo que “más se siente que se define” en una clara alusión a la dificultad que se presenta para definir este concepto.

ENNECERUS<sup>87</sup> en busca de mejorar los criterios se establecen en la propia ley el carácter forzoso de la disposición, sea por que falten normas de autorización en la materia en tratamiento –casos de capacidad– o también porque se dan disposiciones limitativas, agregando que en algunos casos hay que inferir el carácter forzoso, del fin de la disposición.

En el caso de TORRES CAMPOS<sup>88</sup> dijo “No existe criterio absoluto para determinar las reglas de Orden Público en que se funden sus disposiciones para oponerse a la aplicación de leyes extranjeras que admitan instituciones no reconocidas por aquella, o que aun reconocidas, se inspiren en principios completamente distintos y opuestos a los inmutables de justicia (...). En esto se funda la teoría del Orden Público y de los principios inmutables de justicia, como medio de poder contrarrestar las influencias de esas leyes, y evitar la alteración que necesariamente había de producir en las instituciones jurídicas

---

<sup>85</sup> MARTÍNEZ PAZ, E. Revista del Colegio Abogados de Buenos Aires Set-Oct. 1942 T.XX N° 5. Págs. 676 y 677

<sup>86</sup> MOURLON. “Repeticiones escritas sobre el Código Civil”. 12ª ed. I. Pág. 70 N° 95.

<sup>87</sup> ENNECERUS, Ludwig. “Derecho Civil. Parte general”. Tomo I. Págs. 191 y 192,

<sup>88</sup> TORRES CAMPOS. “Lecciones elementales de Derecho Internacional Privado”. Valladolid, España, 1900. Págs. 154-155.

del Estado que invoca la razón de Orden Público y de justicia, es la consideración del principio territorial, afirmando la competencia de la ley propia para regular los actos que bajo su esfera se realicen”.

FERNÁNDEZ PRIDA<sup>89</sup> señala que la noción de Orden Público se confunde con las “reglas de competencia directa con las exigencias inmutables de la justicia, cuya acción es esencialmente limitadora; y de esta suerte siempre hay equivocación en atribuir al conjunto un solo carácter, cuando es doble el que tiene, y en presentar como nota distintiva y general del mismo la que solamente como parcial puede ser aceptada” las normas “de derecho variable comprendidas en la noción de Orden Público, aplícanse siempre a título de competencia directa (...), tratándose de normas inmutables de justicia, solo puede aplicarse en el territorio de un Estado su propia ley; la cual impide o limita la acción de las disposiciones legales extranjeras que entiendan aquellas de manera distinta”.

La doctrina francesa también se ha ocupado por conocer si el papel del Orden Público es excepcional –NIBOYET y LOUIS LUCAS– o normal LIENHARD el mismo que señaló –“el Orden Público significa siempre intervención de un principio, escrito o no de la legislación territorial con el cual jamás se aplicará la legislación extranjera contraria a este principio territorial ni es susceptible de aplicarse”–. También por el mismo extremo se mueve FRANCESCAKIS debido a que conjunciona las leyes internas de Orden Público y las de policía y seguridad dentro de las que el llama *“reglas de Aplicación inmediata”*.

Actúa el Orden Público dilucidando litis de leyes o también cuando se dilucida asuntos sobre derechos adquiridos. En Francia PILLET y NIBOYET tienen actuaciones moderadas tan es así que en Francia para ellos se podría reconocer el matrimonio poligámico pero si la filiación de un hijo concebido en el mismo ARMINJON<sup>90</sup>, sin embargo es radical y no reconocería incluso la filiación.

---

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ PRIDA. “Derecho Internacional Privado”. Segunda edición. Valladolid, España, 1896. Págs. 222-238.

<sup>90</sup> ARMIJON. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 187.

A continuación tenemos la posición de AUDIT quien señala que el Orden Público no es un instituto jurídico a discreción del Juez lo que lo descalificaría como método, pues lo que se trata es de un medio de salvaguardia necesario, una cláusula de reserva cuya legitimidad está avalada por la permanencia en la teoría y la práctica del Derecho Internacional Privado después de más de un siglo, resultando que la indeterminación del Orden Público es algo inherente a su misma función (Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois ) en Recueil des cours t. 186 -1984-III, pág. 342 y siguientes.

Del lado de la doctrina italiana AGO se ha manifestado subrayando que “el Orden Público es indefinible, es imposible traducirlo en normas con un alcance exactamente determinado. Es materialmente imposible que un legislador pueda prever y fijar en normas particulares, todas las hipótesis en que la inserción de una regla extranjera en un orden jurídico, produciría un atentado indeseable a los principios de orden moral y social que están afirmados” –Règles générales des conflits des lois, en Recueil des Cours T. 58 (1936-IV). Pág. 452– pero la función del mismo se define de alguna manera en la doctrina de BALLADORE-PALIERE cuando señala “el Orden Público sirve para evitar la turbación que se produciría en la conciencia y la opinión pública, de insertar entre nosotros instituciones extranjeras que contrastan con ciertos de nuestros principios fundamentales” –Diritto Internazionale privato, pág. 104.

De otro lado BADIALI<sup>91</sup> refiere de modo preciso que con respecto a la cuestión referida su criterio es que “el Orden Público responde a un concepto eminentemente jurídico pues comprende los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y los protege ante los atentados que puede producir la aplicación de una ley extranjera y se compone de los principios de cada ordenamiento jurídico, principios que como queda dicho son fundamentales.

---

<sup>91</sup> BADIALI, Giorgio. “Orden Público y Derecho extranjero”. A Giuffrè. Milan, Italia, 1963. Pág. 227.



VITTA<sup>92</sup> nos habla del carácter relativo y la discrecionalidad del Orden Público elementos que permiten que le confieren una naturaleza indefinida imprecisa que obviamente impide formular con exactitud una definición reconociendo la mutabilidad del Orden Público y defendiendo su apreciación en la actualidad por parte del Juez al dictar sentencia. En ese mismo sentido VITTA sostiene que “la intensidad y frecuencia de funcionamiento del Orden Público depende de la precisión de las normas de colisión de cada sistema jurídico: los países con sistemas conflictuales muy detallados verán aparecer con más intensidad y frecuencia el Orden Público que aquellos que poseen un sistema conflictual poco desarrollado.

En BARILE<sup>93</sup> “el Orden Público actualmente está compuesto o protege dos principios fundamentales: los principios que tienen su origen en los del –lus Commune– y por tanto pretenden asegurar la coexistencia del total de los ordenamientos y sistemas existentes en el marco de la comunidad internacional y los principios que cada Estado considera propios en cuanto aseguran los intereses del mismo.

En SPERDUTI<sup>94</sup> Orden Público “es un límite al reconocimiento del derecho extranjero en cuanto este contradiga principios que sancionan concepciones aceptadas universalmente y que son imprescindibles para la convivencia humana”.

Desde la doctrina alemana, Khan señaló que “el Orden Público solo debería tener lugar cuando el supuesto en cuestión tuviese alguna conexión con el ordenamiento del foro, no siendo razón suficiente para acudir al Orden Público el solo hecho que la norma de Derecho extranjero fuese diversa en su contenido a la *lex fori*”. WENGLER partiendo del mismo supuesto propone que el “Juez debe tener discrecionalidad para apreciar en caso una conexión más

---

<sup>92</sup> VITTA. “Derecho Internacional Privado”. Turín, Italia, 1972. I. Pág. 397.

<sup>93</sup> BARILE. “La fonction historique du droit internationale privé”. En: *Recueils des Cours*. Tomo 116. Año 1965. Págs. 365 y sgts.

<sup>94</sup> SPERDUTTI. “Sull limite dell’ ordine pubblico”. En: *Revista de Diritto Internazionale*. 1960 um 43. Págs. 303 y sgts.

intensa con el foro que con el ordenamiento extranjero, a efectos de proceder o no al rechazo de la aplicación de las normas procedentes de este”.

Lo que pasa en la realidad es que toda la doctrina alemana coincide en comprender que la norma que contiene una cláusula de Reserva es una verdadera norma de colisión pero no autónoma de las demás sino de norma de colisión inserta en todas y cada una de las normas conflictuales del sistema nacional del foro debiendo ser interpretada con criterio restrictivo. Además existe el planteamiento de los distintos autores que señalan la necesidad de sustituir la regla material extranjera rechazada por razón de Orden Público por otras reglas del mismo ordenamiento debido a que el orden actúa frente a una norma concreta y ante el todo que significa el Derecho extranjero con tal propósito se debe recurrir a la *lex fori* cuando resulte posible llenar el vacío con las reglas del citado sistema extranjero. NUSSBAUM, LEWALD, WOLFF.

Es la Jurisprudencia Anglosajona –en materia matrimonial y contratos– la que en primer término rechaza por motivos de Orden Público, la aplicación de la ley extranjera STORY<sup>95</sup>. Esta teoría fue desarrollada por STORY, HEALY y KAHN fue para HEALY un modo para suavizar la teoría de la comity, para DICEY evitar el reconocimiento de derechos adquiridos en país extranjero. KAHN estima que deben significar normas para su aplicación:

- 1°) Aquellos manifestos atentados contra la moral social.
- 2°) Todos los hechos que contravengan de cualquier manera el Orden Público local.
- 3°) Las acciones que irroguen un patente perjuicio al Estado o a sus respectivos súbditos.

La doctrina Anglosajona incluido la jurisprudencia –Inglaterra– explican que el derecho extranjero debe ser rechazado cuando ello suponga una infracción de los BONI MORES de la moralidad en el todo el sentido del termino como se entiende en Inglaterra y el supuesto que la regla material extranjera genere peligro a los intereses vitales en el Estado británico –CHESHIRE– y es que en la

---

<sup>95</sup> STORY, Joseph. “Comentarios a los conflictos de leyes”. Boston, 1972. Pág. 121.

*public policy* tiene un papel irrelevante, hasta el extremo como señala WOLFF el Comité Judicial del Consejo Privado no posee una norma uniforme para decidir si una regla dada extranjera es o no compatible con el Orden Público inglés. En lo atinente a la doctrina y jurisprudencia norteamericana han establecido de manera puntual que todas las leyes de un estado son expresión de su *public policy* –Orden Público– cada cual dentro del campo que abarca –GOODRICH lo cual para nada implica que una simple diferencia entre derecho del foro y el extranjero justifique el rechazo de este, sino que precisa una cierta intensidad tanto intrínseca como extrínseca cuando esta última en función de los vínculos existentes entre la situación en litigio y el foro.

Intensidad intrínseca que aparece dilucidada en la fórmula que fue usada por el Juez CARDOZO en el denominado caso *Loucks con Standard oil company - 1918* según la cual la excepción de Orden Público intervenir salvo en los casos en que el Derecho extranjero supusiera “la más mínima violación, ya de un principio fundamental de justicia, ya de la concepción prevalente de bienes morales ya de una arraigada y honda tradición del bienestar común”.

Al respecto NUTTING plantea que la *public policy* debe estar contenida en una ley codificada. A pesar que las reglas de colisión sean sustituidas por la metodología inspirada en la *govern mental interés analysis* de CURRIE en cuyo extremo el Orden Público no tiene razón de ser, la doctrina acepta en ciertos casos que los tribunales pueden hacer intervenir a la excepción del Orden Público para rechazar la ley regularmente aplicable, aunque estos deben ser excepcionales. WEINTRAUB señala casos en los que la regla de derecho material extranjera resulta absolutamente contraria a las concepciones fundamentales del foro CURRIE así como son comprendidas por el conjunto de la comunidad estatal. En el marco de dicha metodología el Orden Público aparece siendo una cuestión nueva: es la de “lo mejor de la ley”, terminando por convertir esta noción en más amplia que la del Orden Público.

En el extremo de la doctrina norteamericana el jurista EHREZWEIG<sup>96</sup> planteó la idea que la intensidad del orden público o también la frecuencia de su aplicación, depende de la perfección del sistema conflictual del foro, lo que repitió después VITTA como consecuencia de la falta de normas codificadas en términos generales tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos determinan a los tribunales a usar el Orden Público de manera muy restringida.

El jurista húngaro SZASZY quien señala que el principio general del Orden Público encuentra aplicación “cuando la regla extranjera es inaplicable por ser incompatible con las concepciones de la *lex fori* –*propter normam externam*–, cuando la regla interna del foro es de aplicación inexcusable al caso controvertido –*propter normam domesticam*– y por último cuando la ley extranjera contraviene el Orden Público o ius cogens internacional –*propter normam Inter Gentes preceptam*– esto es a reglas imperativas del derecho internacional público extremo que es bastante admitido por un número muy importante de autores en la actualidad. Private international law in socialist countries en Recueil des cours -1964-III. Págs. 238-239.

RUCHELLI<sup>97</sup> señala “así es que se lo ha confundido –Orden Público– con el “Standard” ético y social. También, con el derecho natural, considerando que su efecto inhibitorio y rígido contrariaba los principios justnaturalistas. Parte de la doctrina se negaba a sistematizarlo, so pretexto de ser un concepto confuso, enigmático, cambiante en cada ordenamiento jurídico y aun dentro de un mismo estado”. Luego en su “Sentencia Extranjera” establece inescindibles los aspectos ya referidos debido a que hablar de los casos en que la ley extranjera no es aplicada, es decir del Orden Público internacional, es decir que siempre que estamos ante el análisis de una sentencia extranjera que en realidad resulta siendo el medio más pertinente para la importación de relaciones jurídicas el Juez se debate en la aplicación o no del derecho de importación, siendo esto pues el meollo del asunto para orientarse sea por la concepción

---

<sup>96</sup> EHREZWEIG. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 121.

<sup>97</sup> RUCHELLI, Humberto Fernando. “Orden Público Internacional”. Editorial Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires, Argentina, 1993. Pág. 7.

nacionalista o universalista, en el plano de la territorialidad en todas sus gamas, hasta la extraterritorialidad considerada en todos sus aspectos. Además, este autor comparte la tesis de la oscura noción de Orden Público al estilo de Weiss.

Sin embargo hay que anotar que estos autores argentinos permanecen tratando de dar un concepto de carácter fenomenológico filosofía ya superada toda vez que el paradigma científico de la misma ya ha sido superada sin tomar en cuenta que no se trata solo de hacer un estudio de carácter epistemológico, buscan encontrar la causa y la naturaleza del mismo.

Es necesario otorgarle al Orden Público total autonomía, la cuestión a dilucidar es de qué manera lo lograremos, debemos primero arrancarlo de todas las expresiones de basamento filosófico-jurídico que significa entender cómo es una institución que se desenvuelve entre el ámbito del derecho privado pero de igual manera funciona en el *Ius Cogens*.

El debate en el Congreso de 1874 –exposición de Manzini y Asser– permiten hacer alumbrar dos corrientes respecto al análisis de A-PRIORI y A-POSTERIORI de la noción de Orden Público planteamiento que aparece en todas las legislaciones modernas. Es un impedimento a la aplicación del derecho extranjero, es un límite al principio de la autonomía de la voluntad, se dan dos órdenes públicas, es derecho privado o derecho público, son algunas condiciones que se buscarán dilucidarse en todos estos extremos la naturaleza de la cuestión.

BARTIN<sup>98</sup> dice “El Orden Público es un enigma. Formula al respecto el concepto que para que se aplique una ley extranjera, es preciso que entre los países exista, no de una manera general sino sobre cada factor de conexión, un minimun de equivalencia de legislaciones, y si se desciende de ese minimun, tenemos el remedio en el Orden Público”.

---

<sup>98</sup> BARTIN. “Études du droit international privé”. Paris, 1919. Pág. 210.

FRANKESTEIN<sup>99</sup> fue uno de los juristas que mucho más lejos fue respecto a la problemática del Orden Público y dijo “es una de las calamidades del Derecho Internacional Privado”.

De Nova R, La jurisprudencce italienne en materie de conflicts des lois de 1935 a 1949 R. Crit 1959. Pág. 172 señala –el Orden Público– su aplicación resulta discrecionales manos de los jueces, una cuestión de feeling. Maridakis<sup>100</sup> G.S.

Borda Guillermo<sup>101</sup> establece que las definiciones hasta ahora son vagas y desconcertantes habiendo llegado la desesperación a los juristas dice “¿Cuál es el criterio para separar y distinguir ese grupo de leyes básicas con respecto a las restantes? es de igual modo piensa O de ROA, Julio<sup>102</sup>.

BIBILONI<sup>103</sup> señaló: “Los jurisconsultos más famosos no saben que es esto del Orden Público”.

SURVILLE<sup>104</sup> establece “que nada es más molesto que definir al Orden Público”

AUBRY ET RAU<sup>105</sup> dijo: “resulta imposible definir y precisar en abstracto la distinción entre leyes de Orden Público y las que no lo son”.

JAPIOT<sup>106</sup> desde la misma arista planteó: “el Orden Público debe, es preciso admitirlo, parte de su majestad al misterio que lo rodea”.

FADOZZI Clunet<sup>107</sup> expresó: “La noción de Orden Público es inaprensible”.

---

<sup>99</sup> FRANKESTEIN. “Les tendances nuvelles du droit prive”. Recueil des Tours 1930 T XXXIII. Pág. 33.

<sup>100</sup> MARIDAKIS G.S. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. 1962-1 T. 105. Pág. 449.

<sup>101</sup> BORDA, Guillermo. “Concepto de la ley de Orden Público”. En: *La Ley*. N° 58. 1958. Pág. 997.

<sup>102</sup> O DEROA, Julio. “Del Orden Público en el Derecho positivo”. J. Menendez. Bs. As., 1926. Pág. V prologo.

<sup>103</sup> BIBILONI. “Reforma del Código acta de comisión”. Tomo I. Pág. 130.

<sup>104</sup> SURVILLE. “Elements d’un tours de droit civil Franccais”. T. I. París, 1934. Pág. 31.

<sup>105</sup> AUBRY et Rau. “Derecho Internacional Privado”. 3ª edic. Tomo III. Pág. 109.

<sup>106</sup> JAPIOT. “Des nullites en matiere des actes juridiques”. Pág. 302.

<sup>107</sup> FADOZZI, Clunet. “Derecho Internacional Privado”. 1987. Pág. 72.

HEALY, THOMAS<sup>108</sup> también se ha pronunciado y ha dicho: “se puede decir sin exageración que hay tantas opciones como autores han tratado el tema”.

PILLET y NIBOYET<sup>109</sup> fueron bastante explícitos al plantear que: “La noción de Orden Público pasa por ser una de las más oscuras del Derecho Internacional Privado. El acuerdo unánime sobre el Orden Público cesa desde que se trata de precisarlo”.

ARMIJON<sup>110</sup> en forma muy apodíctica ha venido ha señalar: “Todavía hoy la cuestión de saber si tal disposición legal es de Orden Público o no, depende casi exclusivamente de la opinión o concurrencia de cada cual” agrega la confusión “a esto se circunscribe el radio de acción del Orden Público”, sin embargo a las ideas morales señala que estas son necesarias para la moral y las leyes de orden necesarias para el orden. Permitiendo señalar que las leyes extranjeras pueden quedar comprendidas dentro de la regla general de territorialidad.

Siguen frases de conocimiento en Etienne Bartin, Pierre Solodnikoff<sup>111</sup> etc., nos dice “nada es más molesto que definir al Orden Público”.

FOELIX<sup>112</sup> manifiesta: “El Estado como tal no juega más un papel primordial en el cuadro del orden jurídico”.

**Zitelman y Niemeyer** formulan la llamada “cláusula de reserva” estableciendo que la remisión del caso en cuestión a un sistema jurídico extranjero tiene para la ley foral el mismo significado que “un salto dado al vacío” dado que no se puede conocer las disposiciones legales que se van a importar al respecto se ha señalado como la su mejor expresión el artículo 14 inc. 2 del Código Civil de Argentina que literalmente dice “El derecho extranjero no será aplicable...cuando sea contra el espíritu de la legislación de este código” con la atinencia que se refiere a todo el sistema jurídico de Argentina.

<sup>108</sup> HEALY, Thomas. “Teoría General del Orden Público”. Academia de Derecho Internacional. Tomo IV. España, 1925. Pág. 471.

<sup>109</sup> PILLET y NIBOYET. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Pág. 406.

<sup>110</sup> SOLODONIKOFF, Pierre. “De paso por el Derecho Civil frances”. París, 1934. Pág. 31.

<sup>111</sup> BARTIN. “Etudes du droit international prive”. París, 1919. Pág. 210.

<sup>112</sup> FOELIX. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 181

Es decir, ante una definición a priori del Orden Público que permite a los operadores jurisdiccionales hacer uso de esta institución con un sistema general de extraterritorialidad de la ley.

Franz Khan plantea que debe interpretarse las normas de Orden Público como englobantes de una conexión subsidiaria a la ley del foro y con un contenido relativo puesto que estas no se refieren a todas las leyes extranjeras sino a un grupo regularmente amplio de ellas, es decir, aquellas que no se controvertan con elementos y exigencias indeclinables del orden jurídico del foro es pues de la orientación de que el Orden Público es una excepción y no normal.

Andre Weiss que “(...) el Orden Público que los nacionales no puede infringir – el Orden Público interno– en una palabra, ejerce su influencia en el seno de un solo y mismo Estado, en la jurisdicción de la misma ley única, en las relaciones de un soberano y de los súbditos que la nacionalidad común somete a su autoridad el Orden Público internacional, al contrario aparece en las relaciones de un individuo con un Estado, al cual no pertenece por su origen”.

Los “órdenes públicos” son uno más exigente que el otro al respecto señala que las leyes sobre el Estado y capacidad de las personas las siguen a país extranjero y señala “Un súbdito holandés no será reputado mayor en nuestro territorio, y por tanto, capaz de realizar actos de la vida civil, sino a la edad de 23 años, que fija su legislación nacional; y nadie piensa en aplicarle, en todos los casos, la disposición del artículo 488 del c.c. francés que declara mayores a los franceses de 21 años de edad. Estado disposición no es, por consiguiente el Orden Público internacional.

Sin embargo, toca evidentemente el Orden Público interno, en el sentido de que nos sería permitido a los franceses desobedecerla en sus convenciones, estipular por ejemplo, que serán capaces de contratar a los veinte años. Semejante estipulación careciera de valor (artículo 6 C.C. francés Andre Weiss<sup>113</sup>).

---

<sup>113</sup> WEISS, André. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Tomo 1. Editorial Recueil Sirey. 1911. Traducción y notas de Estanislao Zeballos. Pág. 500.



La ley de interés general afecta a los franceses y en el caso de los extranjeros no lo afecta porque no tiene acción personal por la ley de su origen.

Weiss A.<sup>114</sup> sigue diciendo “(...) Los dos órdenes públicos, cuya existencia paralela hemos determinado así, no son pues idénticos. Todo lo que puede decirse es que el Orden Público internacional entra en el Orden Público interno del cual forma una subdivisión. Las reglas que son de Orden Público internacional, en el sentido de que las concesiones de particulares no podrían infringirlas (...)”.

Se puede apreciar que Weiss nos habla de dos efectos del Orden Público uno de menor exigencia el Orden Público interno y otro de Orden Público internacional, sin embargo, debe manifestarse en este extremo que no se da norma de Orden Público internacional que no es al mismo tiempo de Orden Público interno, en franca contradicción.

Sin embargo, puede notar que no existe una adecuada apreciación del interés general el que según este autor genera dos efectos uno en el ámbito de la jurisdicción de una ley única y el otro el Orden Público internacional aparece cuando en la relación de derecho con elementos extranjeros se importa en virtud de ella, porciones de derecho potencialmente nocivas al “interés general” por lo que puede darse un doble resultado que puede ofrecer el magistrado, es decir por no aplicar la norma extranjera sin más, y/o por la sustitución de la porción dañosa por *lex fori*. En ningún caso se obra por Orden Público interno sino en virtud del interés general que es el causante de los dos efectos.

Al respecto el traductor de Weiss, Estanislao S. Zeballos “Notas al Manual de Weiss A.”<sup>115</sup>, manifiesta: “(...) La división del Orden Público en interno e internacional nos parece más interesante como doctrina que como necesidad

---

<sup>114</sup> WEISS, André. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Tomo 1. Editorial Recueil Sirey. 1911. Traducción y notas de Estanislao Zeballos. Pág. 501.

<sup>115</sup> Ibíd. Pág. 498.

positiva. Desde este punto de vista solo es aplicable cuando nace de las convenciones internacionales, es decir, de leyes supranacionales (...).

La división de Orden Público en realidad alcanza mayor importancia en el nivel práctico, es decir, en el ámbito del quehacer jurisdiccional, lo cual se puede tener como punto de partida del interés general el mismo que es de cada uno de los Estados. Ahí aparece el caso de la ratificación de los Estados a las convenciones internacionales que solo se da cuando los Estados revisan si estas afectan o no su interés general y luego recién se reafirman en ellas, para que después las mismas puedan ser vinculantes.

De nada sirve la intervención de las reglas del Orden Público Internacional cuando se llama o interviene otro Estado para que nazca de "(...) solo de las convenciones internacionales". Es decir, el autor en referencia traslada el problema del ámbito de la "no aplicación" –efectos del Orden Público– al segmento de la "aplicación" del Derecho extranjero, lo que significa en todo caso una excepción de aplicación del Derecho extranjero por convenciones obligatorias para el Estado.

Sin embargo, en el caso de las convenciones no se puede hablar de Orden Público, sino de aplicación del Derecho extranjero, lo que queda fuera del objeto de estudio.

Desde el punto de vista del decantamiento del Orden Público encontramos que un primer paso es diferenciar ley territorial aplicable siempre dentro del Estado y no fuera de él, como son las leyes penales, procesales, administrativo, fiscal y la mayor parte de la doctrina –contraria al reenvío– las reglas de conflicto, y la civil o mercantil que en casos no es competente en principio, se impone en determinado caso como consecuencia de la imposibilidad de aplicar la ley material extranjero contraria al Orden Público. El concepto así es próximo al *public policy* del anglosajón y de la cláusula de reserva de Alemania claramente desgajado de las leyes territoriales por naturaleza, como las ya citadas o las referentes a bienes inmuebles, llamadas territoriales, pero que no son siempre las del foro, sino las del Estado donde está el inmueble.

Al respecto, la doctrina alemana estuvo absolutamente clara con relación a esta diferencia incluso desde SAVIGNY, los anglosajones también la percibieron, sin embargo esto no ocurrió en nuestros países de América Latina donde la doctrina de la personalidad del derecho se entroncó por lo que fue necesario aislar las leyes de Orden Público del ámbito territorial que no es otra cosa que retomar las ideas de SAVIGNY.

DIENA<sup>116</sup> Los derechos reales considerados en el Derecho Internacional Privado nos hace ver que “las leyes referentes a la propiedad y a los derechos reales, aunque de alcance territorial, son diferentes de las de Orden Público. En estas la territorialidad conduce a la aplicación de la ley del foro; en aquellas a la de la situación de los bienes, que puede ser distinta de la anterior supuesto en el que el tribunal ha de aplicar una ley extranjera para él, contra la cual puede hacer uso de la excepción de Orden Público”.

BARTIN<sup>117</sup>. Las disposiciones de Orden Público –Principios de Derecho Internacional Privado París–. Va a separar leyes de Orden Público y leyes de Derecho público (Constitucional, administrativo, penal, procesal, fiscal); para estas últimas la territorialidad es una característica normal en cambio en las de Orden Público la ley regularmente competente es extranjera, pero su aplicación queda descartada ante lo inadmisibles sus resultados. Después de esta explicación de que el Orden Público es una excepción a la competencia de la ley extranjera establecida por la norma de conflicto, en lo cual se asemeja a SAVIGNY, las relaciones entre los países se dan por una comunidad de derecho derivada de su grado de civilización, dándose el presupuesto que entre países de nivel parecido es posible que cada uno de ellos aplique las leyes extranjeras en virtud de una presunción de comunidad internacional entre ellos que requerirá unas normas de derechos de gentes y una cierta comunidad respecto a las respectivas normas de conflicto.

---

<sup>116</sup> DIENA. “Derecho Internacional Privado”. Turín, Italia 1895. Pág. 17.

<sup>117</sup> BARTIN. “Principios de Derecho Internacional Privado”. París, 1930. Págs. 246 y sgts.

En este supuesto el Estado podrá aplicar leyes extranjeras; en otro caso, esta aplicación no será posible debido a la excepción de Orden Público. Lo cual tiene hoy una fuerte oposición en los estados de “civilización inferior” según el criterio de BARTIN.

De lo que realmente se trata es que el Orden Público no solamente funciona ante leyes o instituciones de países de otras civilizaciones –poligamia, de los pueblos islámicos– sino que también se oponen a países de cultura análoga, se da entre países de Europa, incluso en temas como el reconocimiento del divorcio cuando la ley extranjera es competente. Al respecto NIBOYET<sup>118</sup> en su Tratado de Derecho Internacional Privado corrige a BARTIN cuando señala que el Orden Público puede oficiar incluso entre países de igual civilización cuando la reglamentación interna es diferente. Entonces, no es suficiente una comunidad jurídica en general sino que es preciso que en cada punto concreto exista un mínimo de equivalencias entre las legislaciones, lo contrario sería estar frente a una falta absoluta de interpenetración jurídica lo cual lógicamente conduce al Orden Público por no permitir la aplicación de la ley extranjera. NIBOYET planteó la mínima equivalencia en dos extremos:

El de la técnica –significa que las leyes de un Estado sobre la adquisición de derechos son muy permeables con el del foro por distintas que son las concepciones técnicas; en el caso de instituciones jurídicas las diferentes técnicas pueden fácilmente hacer inaplicables las de un país en otros. Y el de la oportunidad, en que intervienen las diferentes concepciones morales, pudiéndose dar entre ellas diferencias insalvables que se opongan a las leyes extranjeras.

Finalmente, plantea que la excepción deberá ser usada en cada caso particular en cuanto pueda servir de remedio al defecto de un mínimo de equivalencia entre las legislaciones.

---

<sup>118</sup> NIBOYET, Jean Paul. Ob. cit. Págs. 415-504.

En la doctrina alemana quien aporta la cláusula de reserva es KHAN<sup>119</sup> revisa las doctrinas anteriores sobre el Orden Público, establece que la norma de Derecho Internacional Privado es delimitativa del derecho interno, que cada Estado se encuentra dispuesto a dejar excluida en los casos conectados con elementos extranjeros, pero los legisladores al estructurar las normas de conflicto generales, sin la previsión del caso por lo que su interpretación debe hacerse con arreglo a la conexión subsidiaria a la ley del foro, con un contenido relativo puesto que no engloban todas las leyes extranjeras sino a un grupo grande de ellas, las que no sean contrarias al Orden Público del foro. El Orden Público, entonces, es una reserva a la aplicación de las leyes extranjeras, es una excepción no es normal. Dentro de un sistema conflictual positivo, la reserva puede estipularse en una cláusula de reserva general y una cláusula de reserva particular, añadidas a cada una de las normas susceptibles de ella. Así el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán es la cláusula general y varias especiales en las que se prevén como normalmente aplicables una ley extranjera.

En términos finales el carácter excepcional del Orden Público frente a la ley extranjera normalmente competente es actualmente casi por todos compartido y por que solo gracias a ella pueden distinguirse los casos comprendidos en el de aquellos otros en que la ley del foro posee un título normal de aplicación.

Así NIBOYET, que cambió su posición doctrinal al rectificar y ser radicalmente territorialista, la aplicación de las leyes extranjeras es una excepción, por lo que la excepción de esta excepción debe estar comprendida dentro de la regla general de territorialidad.

LOUIS-LUCAS,<sup>120</sup> concibe al Orden Público como de aplicación normal y otras en cuanto remedio.

---

<sup>119</sup> KHAN, Thomas. "Derecho Internacional Privado". Págs. 108-109.

<sup>120</sup> LOUIS-LUCAS. "Demarcación del Orden Público". En: *Revista de Derecho Internacional Privado*. Págs. 393-433.

LIENHARD<sup>121</sup> señala que el papel que el Orden Público desempeña es siempre normal. Y lo contrario es ser partidario de la personalidad del derecho; planteamiento que en los casos de uso de la excepción del Orden Público viene a mezclarse con una exigencia práctica. Lo que en cierto modo es consecuencia de la moral pues esta no es muy distinta para los nacionales y para los extranjeros.

Conceptualiza el Orden Público LIENHARD como “siempre la intervención de un principio, escrito o no, de la legislación territorial, con el cual jamás se aplicará la legislación extranjera contraria a este principio territorial ni es susceptible de aplicarse”.

En esa misma orientación FRANCESKAKIS<sup>122</sup> incluye a las leyes internas que se aplican por razón de Orden Público al lado de las leyes sobre policía y seguridad en la categoría de reglas de aplicación inmediata.

Basta entender el reconocimiento de un segmento jurídico sustraído en principio a la ley del foro para comprender que, en los casos en que dentro de este segmento resulta inaplicable por no ser tolerados en las concepciones morales del país, la ley regularmente competente, lo que constituye en realidad una excepción.

Debe tenerse presente la cuestión del *ius cogens* que es el conjunto de normas jurídicas absolutamente imperativas a las que la autonomía de la voluntad no puede descartar, contrario al *ius dispositivum* cuya naturaleza se establece a cambiar la voluntad inexpresada o deficientemente expresada de los otorgantes de un negocio jurídico.

A partir de ESPERSON<sup>123</sup> y BROCHER se oponían con frecuencia el Orden Público interno como restricción de la autonomía de la voluntad, y el Orden Público internacional como barrera a la aplicación de las leyes extranjeras.

---

<sup>121</sup> LIENHARD. “El Rol y el valor del Orden Público”. París, 1935. Págs. 113 y sgtes.

<sup>122</sup> FRANCESKAKIS. “Conflicto de Leyes”. Págs. 483-484.

<sup>123</sup> ESPERSON. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 121.

Sin embargo, debe anotarse que las leyes traducen concepciones morales y exigencias técnicas cuya vigencia se estima indispensable para el bien común de una sociedad estatal, por lo que las soluciones contrapuestas se consideran radicalmente antijurídicas, procedan de la voluntad de las partes o de la aplicación de las leyes extranjeras basadas en otras concepciones morales.

Se debe precisar que en realidad la función del Orden Público el de ser barrera de las leyes extranjeras se cumple cuando en materia de cuestiones de derecho interno así lo realiza, referente a la limitación de la voluntad de los destinatarios de las normas.

Es pues necesario establecer que si bien toda regla de Orden Público internacional lo debe ser también de Orden Público interno; no todos los de este nivel son objeto de ser defendidos por el Orden Público internacional.

Se plantea entonces la idea de los círculos concéntricos en el que el Orden Público interno tiene el mayor radio que el Orden Público internacional.

BATIFFOL<sup>124</sup> dice que "todas las reglas de Derecho interesan al Orden Público, aunque en grado diferente". La cuestión es averiguar qué normas imperativas en Derecho interno pueden quedar inaplicadas cuando una ley extranjera es competente según la regla de conflicto y cuales otras, aun en este supuesto, no pueden dejar de ser tomadas en cuenta.

En el ámbito interno se puede señalar que en realidad la norma que legisla la legítima de los hijos como el divorcio, y lo que sucede es que la primera es obligatoria en los sucesiones entre peruanos, pero en el caso del divorcio no podrá conceder la ruptura del vínculo a un matrimonio extranjero.

Al respecto VALERY y LOUIS-LUCAS<sup>125</sup> han planteado la existencia de un Orden Público distinto para nacionales y para extranjeros y una tercera especie de Orden Público general que obliga por igual a todos. El de carácter especial se refiere principalmente a las normas imperativas que rigen la condición

---

<sup>124</sup> BATIFFOL. "Derecho Internacional Privado". Págs. 441 y sgtes.

<sup>125</sup> VALERY-LOUIS Lucas. "Elementos de Derecho Internacional Privado". Pág. 121.

jurídica de estos: tan solo ofrece el interés de una cuestión previa respecto al conflicto de leyes. El aplicable a los nacionales se da sobre el Estado, capacidad y relaciones familiares y sucesorias, al menos en los países como Italia y España donde se da un sistema conflictual de una orientación personalista y está formado por las leyes imperativas que rigen tales materias. Así el Orden Público general es en la terminología de LOUIS-LUCAS el que afecta a nacionales y a extranjeros. Sin embargo el problema de definición del Orden Público continúa.

De lo que se puede plantear es que no solo no es problemático cuando una norma imperativa entra o no en la noción de Orden Público en cuanto obstáculo a las leyes extranjeras, pues puede darse el caso en que la solución es diferente, lo que dependerá de si la relación jurídica se constituye al amparo de la ley extranjera o de servirse de los efectos de relaciones regularmente constituidas en un país extranjero. Esta diferencia la planteó VON BAR<sup>126</sup> al señalar que no es lo mismo la ley extranjera en sí misma que su aplicación directa en el territorio del foro, lo que conlleva a averiguar si lo que debe ser rechazado es la ley extranjera o sus consecuencias solamente.

NIBOYET Y PILLET separan del conflicto de leyes en sentido estricto la eficacia extraterritorial de los derechos adquiridos en un país extranjero, es el caso de la poligamia que no es aceptada en occidente sin embargo no podrá rechazar presupuestos de herencia y alimentos de hijos de una unión poligámica, debiendo sin embargo reconocer que otros autores argumenta que darse unidad de efectos así ARMIJON, KNAPP, GESTOSO TUDELA.

QUADRI<sup>127</sup> señala que el Orden Público internacional debe edificarse con sentido y alcance positivos y no meramente negativos no como límite o impedimento a la aplicación de la ley extranjera sino como la misma esfera de vigor excepcionalmente amplia de algunos principios de la *lex fori*.

---

<sup>126</sup> VON BAR. "Teoria y practica Derecho Internacional Privado". Págs. 26 y 27.

<sup>127</sup> QUADRI. "Lecciones de Derecho Internacional Privado". Pág. 309.



Por lo que para este autor –QUADRI– la naturaleza preliminar de una cuestión para que quede excluida la aplicación del Orden Público, sino que es preciso también que la situación preliminar sea extraña al ordenamiento del foro.

SPERDUTTI ha recepcionado las teorías de QUADRI contrariamente encontramos tal apreciación en VITTA<sup>128</sup>.

## TEORÍAS ACTUALES

### Doctrina de la organización social.-

BAUDRY LACANTINERIE. Estima que el Orden Público “Es el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada su existencia”, citado por BORDA<sup>129</sup> en “El concepto de Orden Público”.

CAPITANT. Las leyes de Orden Público son aquellas “que tienen por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social” citado por BUSO<sup>130</sup> en “Código Civil Anotado”.

MALAUURIE señala que el “Orden Público es el buen funcionamiento de las instituciones indispensables a la colectividad” citado por GHESTIN<sup>131</sup>.

SALVAT <sup>132</sup> señala que “la noción de Orden Público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida: por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejerce el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc”.

<sup>128</sup> VITTA. “Noción de Derecho Internacional Privado”. Págs. 395 y sgts.

<sup>129</sup> BORDA G. “El concepto de Orden Público”. L.L. 58-997.

<sup>130</sup> BUSO. “Código Civil anotado”. Tomo I. Pág. 191 N° 33.

<sup>131</sup> GHESTIN. “Las obligaciones”. Pág. 66, señalado a Malaurie.

<sup>132</sup> SALVAT. “Derecho Internacional Privado Parte General”. Pág. 148.

LLAMBÍAS<sup>133</sup> aparece dentro de la misma orientación y dice: “Se denomina Orden Público al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”.

En Argentina solo puede ser distinto el criterio esbozado por BORDA<sup>134</sup> NIETO BLANC<sup>135</sup> y ORGAZ<sup>136</sup> quienes han señalado que el Orden Público son “los principios generales de carácter constitucional que sirven de fundamento al orden social, industrial y político” lo que significa de alguna manera hacer suya la idea de SALEILLES.

LINARES<sup>137</sup> releva el principio de justicia conceptúa el Orden Público como “el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”. NAPOLETANO considera que Orden Público es “aquel complejo de principios fundamentales e inderogables de nuestro ordenamiento y de sus varias ramas”.

DÍEZ-PICAZO, define al Orden Público como “el conjunto de los principios fundamentales de la organización social” este autor es citado por OJEDA AVILES<sup>138</sup> siendo que el mismo considera al Orden Público como “el concepto de Orden Público que engloba lo que es estructura jurídica fundamental”.

## DOCTRINA DE INTERÉS GENERAL

Se estima de otro lado que las leyes de Orden Público son según BUSO<sup>139</sup> luego de llevar a cabo una disgregación “las dictadas en interés de la sociedad,

<sup>133</sup> LLAMBÍAS. “Derecho Civil. Parte general”. Tomo I. Pág. 158.

<sup>134</sup> BORDA, Guillermo. “Concepto de Orden Público”. En: *La Ley* 58-999.

<sup>135</sup> NIETO, Blanc. “Orden Público”. Pág. 15.

<sup>136</sup> ORGAZ. “Las límites de la autonomía de la voluntad”. En: *La Ley* 64-224.

<sup>137</sup> LINARES. “El concepto de Orden Público”. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. Año XXVII. N° 20. Pág. 173.

<sup>138</sup> OJEDA AVILES “La renuncia de derechos del trabajador”. Págs. 45 y 46.

<sup>139</sup> BUSO. “Código Civil Anotado”. Tomo I. N° 30. Pág. 191.

por oposición a las dictadas teniendo preferentemente en mira al interés individual”.

Allí tenemos que sumar la posición de DESPAGNET, citado por BUSO<sup>140</sup> vuelve a hacernos una importante referencia “al conjunto de reglas que, dadas las ideas particulares admitidas, afectan los intereses esenciales de ese país”.

PLANIOL citado por GHESTIN<sup>141</sup> considera que una ley es de Orden Público cuando “ella está inspirada por una consideración de interés general que se encontraría comprometida si los particulares fueran libres de impedir su aplicación”.

En esta orientación los autores consideran la expresión Orden Público como sinónima de interés general, interés colectivo, interés público, interés social, interés de la sociedad, bien público, bien común, bienestar general, bienestar social y términos similares. GUILLERMO BORDA<sup>142</sup> adhiriéndose a esta orientación ha dicho que “una cuestión es de Orden Público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular”.

Siguiendo con el presupuesto de buscar y conceptuar el Orden Público desde la orientación del positivismo jurídico De La Fuente, Horacio “Orden Público”<sup>143</sup> establece que las teorías “la de la organización social y la del interés general incurren en una evidente confusión al identificar el Orden Público con los “principios fundamentales” o con el “interés general” ya que no distinguen el bien jurídico protegido –esos principios o esos intereses– del medio o técnico que emplea el derecho para preservarlos” y sigue afirmando que en realidad el Orden Público es “un medio, una técnica de que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar, limitando la autonomía de la voluntad, la vigencia irrestricta de aquellos principios o intereses por encima de todo interés particular”.

---

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> GHESTIN. “Las obligaciones”. Pág. 66.

<sup>142</sup> BORDA, Guillermo. “Concepto de ley de Orden Público”. En: *La Ley* 58-999.

<sup>143</sup> DE LA FUENTE, Horacio. “Orden Público”. Astrea. Bs. As. 203. Pág. 15.

En realidad lo que el citado autor nos quiere comunicar es que “los principios fundamentales” o “intereses generales” resultan siendo los bienes jurídicos a proteger todo lo contrario sucede con el “Orden Público” es el instrumento para defenderlos y así asegurar su inexcusable vigencia, frente al peligro que significa una ilimitada autonomía de la voluntad que no respete los intereses de la sociedad. De lo que se puede colegir es que en el criterio del citado autor debe distinguirse el Orden Público objeto –“principios fundamentales” o “intereses generales”<sup>144</sup> con el Orden Público institución– se pone en funcionamiento para protegerlos y garantizar su vigencia irrestricta, limitando la autonomía de la voluntad mediante los efectos jurídicos que le son propios (imperatividad de la norma, irrenunciabilidad de los derechos, nulidad de los actos respectivos, etc.).

Con lo que se puede entender que los “principios fundamentales” o “intereses generales” son pues la noción “Orden Público-Objeto” lo cual a simple vista es pues el criterio que aparece manifestado en la mayor parte de las legislaciones –englobando esos principios o intereses– a preservar frente a la autonomía de la voluntad ilimitada. Es el caso de los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano y en general las leyes especiales cuando incluyen la clásica expresión “esta ley es de Orden Público” y se puede colegir que no existe mayor distancia entre la teoría de la organización social con la del interés general porque se trata de la “protección” de los “principios fundamentales del orden social” o los “intereses generales de la sociedad”. El Orden Público-objeto se encuentra al lado del interés general, que resulta ser la más extensa por comprender a los intereses superiores que hacen a la esencia de la sociedad, y por ser muy amplia y permitir frente a la situación de la barrera que se levanta desde la filosofía individualista y la doctrina económica liberal, se reconoció ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad, significando que el Estado solo intervendrá para enfrentar y defender y hacer respetar la organización del Estado desde la óptica de sus propias instituciones, frente a los eventos de los particulares.

---

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. “Principios Generales del Derecho”. Segunda edición. Editorial Ariel. Montevideo Uruguay. Pág. 181.

De ahí que el concepto de Orden Público es establecido a partir del hecho que debe incorporarse normas sobre materia económica y social que permiten estructurar un nuevo concepto de Orden Público que involucren este tipo de leyes de carácter económico y social. Es el caso del artículo 2049 del Código Civil de 1984 que establece que el derecho extranjero no puede intervenir sobre el derecho nacional por encima del Orden Público Peruano. Dentro del marco de las objeciones a la doctrina del Orden Público-Objeto como interés general se señala que todas las leyes son producidas por un criterio natural de que el legislador siempre busca el bien común hasta en las situaciones de legislación sobre particulares, haciéndose notar al respecto que no siempre los legisladores se orientan por la preservación del interés general de la sociedad en forma puntual.

También se señala que el interés general es bastante indeterminado siendo muy difícil establecer cuándo estamos ante el precitado concepto, lo cual resulta conveniente a su vez porque permite englobar todos los conceptos que con el devenir, progreso y desarrollo deban ser incluidos como ser posibles de control por el Derecho en general.

Es hasta cierto punto una cuestión de carácter lógico acudir a un concepto abierto, en blanco, para determinar cuándo se deben poner restricciones a la autonomía de la voluntad, pues resulta imposible prever, en normas especiales la infinidad de situaciones en las cuales sea conveniente que prevalezcan los intereses generales sobre los individuales, y solo es pasable aplicar este razonamiento al Orden Público objeto, pues son los operadores jurisdiccionales los que podrán en otros términos establecer cuándo se aplica el Orden Público institución, pues toda conceptualización del Orden Público objeto siempre será indeterminada, mediante fórmulas abiertas, genéricas e imprecisas y usando criterios muy amplios como genéricos como el interés general, que servirán a los operadores para realizar la comprobación de su existencia en un caso concreto cualquiera, teniendo al efecto establecer adecuadamente un estudio pormenorizado de la cuestiones legales intervinientes.

Es el Orden Público institución el que tiene por objeto los intereses generales de la sociedad a los cuales trata de defender y preservar para asegurar su

vigencia inexcusable frente a los intereses particulares que pudieran negarlos. Resulta entonces que el interés general es el bien jurídico protegido por el Orden Público institución. Será su intervención a efectos de garantizar y preservar, lo cual significa que las normas sean inderogables, los derechos irrenunciables, los actos violatorios, inválidos, etc. Es propicia la oportunidad para establecer que es necesario tener presente que cuando estamos frente a estas dos clases de Orden Público uno es el Orden Público institución –propiamente dicha– y el otro es el interés general –objeto de protección– (Orden Público-objeto). También se puede ofrecer una concepción sobre Orden Público objeto en el sentido de que es concepto jurídico indeterminado que una vez precisado su contenido y decidido por los órganos autorizados que dicho interés general se haya comprometido recién se produce la protección del Orden Público institución, usando al efecto de la restricción de la autonomía de la voluntad, prevaleciendo sobre los intereses particulares.

### **EL “*NOMEN JURIS*” DEL ORDEN PÚBLICO**

El “*nomen juris*”<sup>145</sup> del Orden Público es una expresión que en el ámbito de la doctrina de la lengua española es –order public para Francia, ordine pubblico, para la italiana, public policy para la anglosajona, Vorbehaltsklausel para la doctrina germánica–. La teoría de la cláusula de reserva es encabezada por Zitelmann fue seguido por WOLFF, para VON WAECHTER son leyes cogentes, para SAVIGNY leyes rigurosamente obligatorias; para MARTENS son leyes ilegítimas e inmorales; para VON BAR son leyes prohibitivas; para LUARENT son derechos de la sociedad, para FERNÁNDEZ PRIDA son normas inmutables de justicia, para ZITELMANN, WOLFF es cláusula de reserva, para los angloamericanos emplean Public policy.

---

<sup>145</sup> El “*nomen juris*” del Orden Público es una expresión que mucho tiene que ver con la formulación que emplee el legislador para efectuar una adecuada calificación dentro de cada sistema jurídico nacional que será el que finalmente imponga el criterio predominante siendo así una fórmula que dependerá del punto de partida del sistema jurídico nacional.

## DEFINICIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Desde nuestro particular y modesto punto de vista, toda vez que no somos partidarios de levantar conceptos únicos de una institución o instituto jurídico debemos arrancar por inventariar el conjunto de acepciones que se han dado del Orden Público, uno desde una arista más positivista que otro, se pretende analizar la mayor de ellos para así plantear nuestro criterio para lograr desarrollar el ámbito del Derecho Internacional Privado en cuanto a su incidencia en el tráfico jurídico con intervención de elementos extranjeros y nacionales.

Francois Rigaux<sup>146</sup> también señala que la principal dificultad sobre el Orden Público es que es un concepto “que ha sido tomado del derecho interno” donde agrega que tiene dos nociones distintas: “la política de los actos jurídicos privados y la ordenación de los procesos cuya norma fundamental es el principio dispositivo”.

También se establece que la noción interna de Orden Público se halla en el origen del concepto homónimo del Derecho Internacional Privado sino la proveniente del derecho material no se ha visto restringida de su función propia en las relaciones internacionales, lo que ha ocasionado la mayor parte de las confusiones que aun más se incrementa por el uso de la distinción entre “Orden Público Interno” y “Orden Público Internacional”.

Siendo la última expresión la que más se acerca al extremo fundamental del Orden Público en el Derecho Internacional Privado, en cuanto a la función que tiene cuando hay aplicación de las normas conflictuales, leyes y normas respecto a reconocimiento de actos y decisiones extranjeros.

La cuestión que declarada competente el derecho extranjero por la norma de conflicto, este debe declararse incompatible con el Orden Público en el estado

---

<sup>146</sup> RIGAUX, Francois. “Derecho Internacional Privado. Parte general”. Editorial Civitas. Madrid, España, 1985. Págs. 375-376.

del foro, por lo que se dice “excepción de Orden Público” aportando una derogación al juego normal de la norma de conflicto de leyes o del conflicto de jurisdicciones.

Se debe también tener presente que la función principal de la excepción de Orden Público en Derecho Internacional Privado no elimina de esta rama del Derecho la aplicación del concepto elaborado para las relaciones internas y trabaja en dos aspectos, en primer lugar la ley declarada aplicable a los actos jurídicos privados, pudiéndose tratar de derecho extranjero o de la *lex fori* incluye sus propias disposiciones imperativas, en segundo aspecto el Orden Público judicial interviene conforme a la *lex fori* en los litigios que presentan algún elemento extranjero.

NIETO BLANC<sup>147</sup> señala que “el problema (...) debe formularse (...) en dos interrogantes: el primero, si constituye el Orden Público una noción estrictamente jurídica; el segundo si es el Orden Público un concepto necesario, límite, en el campo del Derecho”

A continuación señala que “la idea de Orden Público se relaciona, de manera principal, con los límites de la libertad contractual “autonomía de la voluntad”.

Esta afirmación se puede columbrar va acompañada de las máximas romanas “*Ius publicum privatorum pactis Mutari non potest*” Ley 38 Digesto de pactis Lib. II, Tit. 14 (Papiniano) y “*privatorum conventio iuri público non derogat*” Ley 45 § 1, Dig. De reg. iur., Lib. L, Tit. 17.- En estas máximas aparece el Orden Público como ligado al Derecho público; en ese sentido tenemos “*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*” Ley 1 § 2, Dig. de iustit., Lib. I, Tit. 1; y luego se puede seguir con la máxima que invocaba Portalis “*Contra tenorem legis privatam utilitatem continentes pascisci licet*”, Ley 31 Dig. De pactas. Lib. II, BIT. 14. Debiendo anotarse que el Orden Público asimilado al Derecho Público este importa o significa además el Derecho común, como lo afirma Savigny<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> NIETO BLANC, Ernest. “Orden Público”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 10.

<sup>148</sup> SAVIGNY, Friedrich. “Sistema de Derecho Romano actual”. T. I. Págs. 95-96.



LOCRE<sup>149</sup> recogiendo Portalis señalo que “se anulan las convenciones contrarias al Derecho Público, pero no las contrarias a las leyes que no hacen sino al derecho privado o a los intereses particulares. He aquí la máxima de todos los tiempos”.

Para HEALY THOMAS H.<sup>150</sup> señala que respecto al Orden Público “que un estudio generalizado del tema parece indicar que pese a una oposición frecuente y por lo común muy viva en los términos “el acuerdo existe en el fondo mucho más de lo que parece al comienzo”

Algunos autores han sostenido al no poder concretizar una idea general, precisa del Orden Público, han descrito su contenido señalando las instituciones a que principalmente se aplica, al respecto la critica radica en que la sola enumeración a nada lleva al no estar precedida la misma por un principio rector.

Otro sector de juristas fundamentan el concepto con rigor conceptual, se señala como –el interés general, principios superiores de organización, utilidad social, bien público y otros– esto conlleva una contradicción pues resulta que su asimilación del concepto de Orden Público al interés general queda sin cubrir los casos en que el mismo garantiza intereses minoritarios, lo que significa que el mismo no es síntesis de una noción jurídica universal, podría ser el interés general consecuencia final de protección del mismo.

Otros autores han considerado encontrar un elemento concreto, práctico para delimitar el concepto de Orden Público ALGLAVE<sup>151</sup> plantea que ese factor determinante es la “apreciación pecuniaria” esto como consecuencia del carácter ordinario del Derecho privado que no es lo mismo en el Derecho público. Ello en un ordenamiento racional, sin embargo por razones de la soberanía legislativa, puede alterarse este principio, haciéndose esfumar las

---

<sup>149</sup> LOCRE. “Discursos”. Pág. 483.

<sup>150</sup> HEALY, Thomas H. “Teoría General del Orden Público”. Pág. 412.

<sup>151</sup> ALGLAVE. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 587 y 593.

razones, esgrimidas por el citado autor. Luego se atribuyó el carácter de Orden Público a la regla o si en términos expresos prohibió absolutamente la renuncia, de no ocurrir ello se usará la definición racional como complemento, pero sucede que el Orden Público reglamenta también intereses económicos –leyes fiscales, sobre régimen patrimonial del matrimonio– lo referente a la renuncia solo cambia de lugar el conflicto, lo que será muy difícil y solo se deberá entender del espíritu de la ley, sus motivos, su fin en ese sentido también aparece GENY siendo que es imposible y vano la escapatoria dado que poco importa determinar cuáles son las leyes a las que no se pueda sustraer por la libre disposición contraria o bien cuales son los derechos consagrados por las leyes, de los cuales no se ha permitido privarse por renuncia voluntaria.

También existen juristas que exponen un criterio que se deduce del propio concepto de “orden” que trae la noción” se trata de una idea de resultado, de consecuencia, de otro lado también están las construcciones abstractas, puramente conceptual, casi filosófica sin sustento jurídico, dando un carácter casi formal, sin concretarse.

DEMANTE A.M.<sup>152</sup> señala que a falta de una teoría completa” sobre el Orden Público, menciona tres reglas para su aplicación para evitar las dificultades en la aplicación del Orden Público.

ARAUZ CASTEX<sup>153</sup> señala las leyes son imperativas por principio por excepción algunas que hacen (la autonomía de la voluntad, a su extraterritorialidad o a su irretroactividad) no tienen el vigor compulsivo e irrefragable. Después de esta esfera rige el principio general: Orden Público igual a imperatividad de la ley lo que sin embargo no constituye que uno sea incluido en el otro concepto y aun a pesar que todos los autores coinciden en que las leyes incluso las supletorias son imperativas y es la misma es consecuencia del Orden Público constituyéndola desde el ámbito extrínseco pero sin integrar su definición, lo cual hace que la cuestión se traslade a otra

<sup>152</sup> DEMANTE A.M. “Curso Analítico del Código Civil”. Págs. 55-56.

<sup>153</sup> ARAUZ y CASTEX. “Orden Público”. Págs. 43 y 44.

cuestión al no establecerse en qué momento la ley pierde su carácter de Orden Público que estaría in sito en ella.

Existen juristas que ante la imposibilidad de definirlo, se han manifestado a favor de eliminar el concepto, supliendo con otras más concretas, también se señala lo que dice Zerboglio en el sentido que el Orden Público no es definible “porque no existe”.

A este respecto tenemos lo expresado por LIENHARD<sup>154</sup> quien señala que la presencia del término “Orden Público” en los códigos civiles, no es prueba que estemos frente a una noción jurídica, pero la afirmación es evidentemente errónea, ya que el concepto tiene una función propia que el legislador ha hecho jugar concretamente en varias figuras que reglamenta, por lo que no puede cuestionarse que no tiene relevancia jurídica.

ROGUIN<sup>155</sup>, dice que en alemán no existe expresión que sea traducción de la usada en Francia –ordre public– y que por lo demás “la mayor parte de los juristas alemanes no hacen ninguna teoría del Orden Público”.

Otros autores recurren a un planteamiento que conduce en apariencia a la verdad, existiendo también la posición de considerarlo un enigma, lo que hace suponer que o el concepto de Orden Público es un problema insoluble o se ha partido de presupuestos incorrectos; sobre la segunda posición se tiene lo dicho por MOURLON FREDRIC<sup>156</sup> en su célebre frase sobre el Orden Público: “Estas cosas se sienten más que se definen”.

Sin embargo, debe que el Orden Público está hecho para contener los principios de la autonomía de la voluntad, de la ley extranjera (extraterritorial) y de la incolumidad de los derechos (irretroactividad de la ley), así como la función armonizadora del Derecho.

---

<sup>154</sup> LIENHARD. Pág. 7.

<sup>155</sup> ROGUIN, Ernesto “La ciencia jurídica pura”. Págs. 516-57.

<sup>156</sup> MOURLUN, Fredric. “Repeticiones escritas en el Código Civil”. Pág. 70.

Teniendo en cuenta que las leyes son por naturaleza de carácter social, por lo que hay que señalar que en la materia el Orden Público se consubstancia con los principios fundamentales que inspiran tal regulación por orden positivo penal –en que la acción de la libre voluntad personal es casi nula–.

Al respecto GEORGES RIPERT<sup>157</sup> dice en las modernas reglamentaciones económicas “la voluntad no tiene otra fuerza que la sumisión al régimen legal” y que las partes “agotan su poder de querer, en la designación de su deseo, el legislador se encarga de la realización”, lo cual no significa no otorgar libertad contractual, o también el caso de cuando se aplica sin excepción el impedimento a la aplicación de la ley extranjera, o también no se respetare los derechos adquiridos, en este caso el Orden Público sería innecesario.

El concepto que se busca es pues de naturaleza de forma, mas no en el contenido que es variable, opuesto en el tiempo –divorciado no aceptado, después aceptado– y dentro el mismo sistema legal-matrimonio entre blancos y negros, poligamia-bigamia- pero así formal trasciende todo el orden jurídico, no pudiendo ser ajeno al elemento político, el mismo que tampoco puede otorgarle su propio perfil, en el ámbito del Derecho. Lo que le ha significado la incertidumbre.

Las reglas no lo efectúan los órdenes jurídicos con criterio absolutamente autoritario, se ha respetado las voluntades individuales se da vaivenes cíclicos, lo que da el “ipso facto” que genera la dificultad, sin embargo, el margen de las voluntades individuales no pueden tener una expansión inmoderada, se da el caso de la orientación política que requiere una organización de tipo autoritario quedando fuera de la libertad reguladora.

El Orden Público es una misión técnica dentro del derecho positivo, HEALY<sup>158</sup> señala que la ausencia del Orden Público en los derechos de la antigüedad se debe a que fue producto que los sistemas jurídicos fueron territoriales, es el

---

<sup>157</sup> RIPERT, Georges. “El orden económico y la libertad contractual”. Pág. 348.

<sup>158</sup> Healy, Thomas. “Teoría General del Orden Público”. Pág. 463.

caso de EE.UU. donde el Orden Público es innecesario y con poca atención por aplicarse un sistema territorial. Por lo que se puede señalar que en los sistemas legislativos es donde se usa y descansa en ser las bases constitutivas en que descansa la propia sociedad, según el criterio de la clase gobernante o de las personas que gobiernan en general, bases constitutivas que por lo demás resultan muy disímiles y son intemporales, plantea problemas en la doctrina que elaboro las conclusiones sobre un solo elemento sea político, social, económico, etc.

Y ocurre que los sistemas jurídicos legislan la cuestión del Orden Público con carácter general e indefinido –lo que la doctrina recusa– pues queda su definición de esta forma y no se efectúa una legislación particular, lo cual por contrapartida lo volvería inocua, de lo que se puede columbrar que no existe legislación ideal dándose vacíos y lagunas, lo que lógicamente nos lleva a dificultades, permitiendo la confrontación y individualización de los principios inspiradores que el Orden Público tutela, teniendo en cuenta el enunciado ontológico –que todos los sistemas jurídicos emplean– prescribiendo como permitido lo que no está prohibido. Es entonces un enunciado que va a incidir en lo ontológico del Derecho para regular intereses enfrentados y con la pretensión de armonizar, jerarquizando los intereses, siendo que el Orden Público es una especie de autodefensa de la sociedad frente a las concesiones a la voluntad individual en el nivel del derecho, es entonces donde debe buscarse el Orden Público.

El orden jurídico, marca los límites del Orden Público, también en su función práctica, cubre los principios rectores, que lo orientan y protegen explícitamente, existiendo una hermenéutica positiva.

Debe descontarse las consideraciones “a priori” y es que el Orden Público resulta que modifica el orden jurídico, debiendo acudir al derecho constitucional, por lo que puede decirse que es una cuestión legislativa, siendo que el Orden Público es marcado por el ordenamiento jurídico, lo contrario es el desenfreno judicial.

GENY FRANCOIS<sup>159</sup> sugiere suplir la expresión “Orden Público” “todas las veces que sea posible” por medio de “determinaciones más precisas”.

RISOLIA M. A.<sup>160</sup> define “El Orden Público es la disposición o acomodación de la realidad social conforme al plan establecido por un sistema de normas jurídicas, esencialmente aptas para lograr un estado objetivo de armonía, paz social y bien común”.

Roa<sup>161</sup> el Orden Público “es el equilibrio jurídico indispensable a la finalidad del Derecho”.

HENRI CAPITANT<sup>162</sup> define el Orden Público como “el orden en el Estado, es decir, el arreglo de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables al ejercicio y al funcionamiento del Estado”.

A. COLIN<sup>163</sup> dice el Orden Público “Es el orden en el Estado, es decir, una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado”.

NIBOYET<sup>164</sup> señala: “El papel que desempeña el Orden Público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al país donde se la quiere aplicar”.

WERNER GOLDSCHMIDT<sup>165</sup> establece que el Orden Público supone dos circunstancias:

- 1° Una diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos.
- 2° El reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero.

---

<sup>159</sup> GENY, Francois. “Ciencia y Técnica en derecho Privado positivo”. Pág. 483.

<sup>160</sup> RISOLIA M.A. Parr X y XI. Págs. 28-30.

<sup>161</sup> Roa N° 98. Pág. 3 y N° 101. Págs. 74-75.

<sup>162</sup> CAPITANT, Henri. “Introducción al estudio al Derecho Civil - Nociones Generales”. Pág. 61.

<sup>163</sup> COLIN A. “Curso Elemental de Derecho Civil”. Edit. Reus. Pág. 162.

<sup>164</sup> NIBOYET. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Editora Nacional. 1960. Pág. 381.

<sup>165</sup> GOLDSCHMIDT Werner. “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”. Págs. 147 y sgtes.

Y sigue diciéndonos que el Orden Público “Es un conjunto de principios, por tanto, no es posible partir de ellos por carecer de fuerza operativa. Hay que empezar con la búsqueda del derecho aplicable –aplicación de nuestro Derecho Internacional Privado–, luego urge enterarse de la solución del caso en virtud del Derecho extranjero aplicable –limitación provisional del derecho extranjero– y solo después, en otras palabras: a posteriori, será posible controlar la compatibilidad de aquella con los principios inalienables”.

ANTONIO SILVA JARAQUEMADA y JUAN SANCHO FRAILE<sup>166</sup> dicen “Así, en Roma existía la imperatividad de ciertas normas, esencialmente las de carácter público, que se imponen a los

territorios provinciales, quedando estos libres en todo lo relativo a la ordenación de las relaciones de derecho privado. De este modo se obtenía no solo la defensa de un sistema jurídico sino también la mejor administración de las tierras conquistadas. Y agregan “El Orden Público se refiere, pues, a los principios ético-jurídicos informadores de las relaciones entre los hombres y que trasciende en cierta medida a todos ellos” esta condicionado a algunos factores que son los siguientes:

- 1° La universalización del orden internacional, lo que supone una interrelación de situaciones entre personas de comunidades nacionales o estatales culturalmente diversas. Así sucede sobre todo en los países occidentales y de forma más acusada en los países del viejo continente.
- 2° La heterogeneidad internacional en sus manifestaciones más importantes, cuales son las sociales y las políticas.

TRIAS DE BES<sup>167</sup> señala “La excepción denominada de Orden Público significa que la ley extranjera, normalmente de un determinado Estado, deja de aplicarse en cuanto lesione los intereses morales o materiales de un país” agrega es un “conjunto de reglas legales que establecen las ideas particulares

---

<sup>166</sup> SILVA JARAQUEMADA A. y SANCHO Fraile J. “El Orden Público internacional”. Anuario de la Escuela Judicial. XI. Madrid, 1974. Págs. 75 y sgtes.

<sup>167</sup> TRIAS DE BES. “Derecho Internacional Privado. Barcelona, España, 1940. Pág. 36.

que, admitidas en un país determinado, son considerados como afectas a los intereses del mismo”.

PILLET<sup>168</sup> Principios de Derecho Internacional privado define “Son leyes de Orden Público las que conciernen, sobre todo, a la comunidad, que aprovechan igualmente a todos, escritas en interés de todos y no en interés de cada uno”

DESPAGNET<sup>169</sup> lo define como un “Conjunto de reglas que, dadas las ideas especiales admitidas en un determinado país, se considera vinculadas a los esenciales intereses del mismo”.

Actualmente, el Orden Público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, casi siempre están en la Constitución del respectivo Estado. Un Estado no aplica una ley extranjera o un tratado público si estos desconocen tales principios básicos. Estos principios no están enumerados usualmente y por tanto el Estado a través de sus autoridades deberá determinar cuándo debe invocar la excepción del Orden Público internacional y esta decisión no le puede ser desconocida por ningún Estado extranjero.

El Orden Público Internacional es una institución del Derecho Privado por pertenecer al Derecho Internacional Privado; ahora bien en virtud del reenvío se nos presenta Derecho Internacional Privado extranjero el cual puede conculcar nuestro Orden Público es el caso que por su carácter chauvinista o tal vez por violar la equiparación de los sexos si antepone el derecho nacional o domiciliario de hombre o de mujer.

Se plantea que el Orden Público se encuentra siempre en el marco de perfiles vacilantes o firmes del concepto, dado su carácter complejo y su discutido por lo que nada de particular tiene que la terminología manifiesta la existencia de esa incertidumbre. Al respecto el jurista Conde y Luque<sup>170</sup> dijo en forma sarcástica “que ni siquiera el nombre se ha salvado de la discusión” el jurista

---

<sup>168</sup> PILLET, Antoine. “Principios de Derecho Internacional Privado”. España. Pág. 374.

<sup>169</sup> DESPAGNET. “Precisiones de Derecho Internacional Privado”. Pág. 360.

<sup>170</sup> CONDE y LUQUE. “Oficios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 207.



J.R. de Orué<sup>171</sup> se dedicó a enumerar las múltiples expresiones usadas para designar lo que queremos como límite puesto a la aplicación de la ley extranjera.

Se señala que las cuestiones sobre la variedad terminológica es como consecuencia de a las siguientes consideraciones:

1. La utilización del calificativo “internacional” resulta un tanto contradictoria, en cuanto que casi por unanimidad se rechaza la existencia de módulos supranacionales que tomado como tipos, son los que nos sirven para excluir la ley extranjera.
2. Hablar de Orden Público territorial supone una adhesión a una concepción doctrinal excesivamente individualizada, existiendo autores que hablan de extraterritorialidad del Orden Público lo que puede desvirtuar un poco los perfiles del Orden Público reproduciendo la confusión inicial entre realidad, territorialidad y Orden Público.
3. Limitarse a decir Orden Público configura un inmenso peligro de que con tal expresión se quiere decir cosas altamente diferentes en Derecho civil, administrativo e internacional privado.

Para MAYER P.<sup>172</sup> dice de manera cercana a la posición de la mayoría que “El concepto de Orden Público elimina la ley extranjera considerada injusta, asegura los principios que constituyen los fundamentos políticos y sociales de la comunidad y protege determinadas políticas legislativas”.

En España Adolfo Miaja de la Muela<sup>173</sup> señala “Esta noción, en cuanto excepción a la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la norma conflicto, va a surgir con mayor claridad en el momento que estas normas aparecen incluidas dentro de los Códigos Civiles”.

---

<sup>171</sup> DE ORUÉ J. R. “Manual de Derecho Internacional Privado”. 1952. Pág. 477.

<sup>172</sup> MAYER P. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 176-177

<sup>173</sup> MIAJA De La MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”. Tomo II. Pág. 382.

GESTOSO TUDELA<sup>174</sup> indica que el momento es “coincidentalmente el de la Revolución Francesa, en que el país de este país –España– se inspira en directivas opuestas a las del *ancien regime* que les hace mutuamente impenetrables”.

Sin embargo, debe tenerse presente las orientaciones jurídicas suficientes para que en cada estado existan unos preceptos de Derecho que se estiman tan fuertemente conectados en concepciones de carácter moral que impiden la aplicación de cualquier ley en contrario.

En tal sentido STORY<sup>175</sup> es el que a base de sus enseñanzas los juristas angloamericanos del siglo XIX plantean que en cada Estado existen lo que denominan *public policy*, que no deberán ser contradecidos en el caso que el Juez deba dar aplicación a una ley extranjera.

Aparentemente existe una triple función del Orden Público que hace o permite su mutabilidad, pues el concepto de Orden Público es variable conforme varían las concepciones básicas de la comunidad.

BUSSO<sup>176</sup> ha dicho “En Derecho positivo, Orden Público es un carácter especial que revisten ciertas leyes. Mas se trata entonces de una nota conceptual de esas normas legales, que de una entidad conceptual “Orden Público”. El concepto que nos interesa es el de “leyes de Orden Público”.

HORACIO H. DE LA FUENTE<sup>177</sup> ha venido en señalar que el Orden Público “es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”. Y el Orden Público “produce efectos jurídicos predeterminados por el sistema, que actúan como limitativos de la autonomía de la voluntad, como por ejemplo, la imperatividad de las normas, irrenunciabilidad de los derechos o nulidad de los actos infractores”.

<sup>174</sup> GESTOSO TUDELA. “El concepto de Orden Público internacional”. Madrid, 1913. Pág. 14.

<sup>175</sup> STORY, Joseph. “Conflicts of law”. Págs. 147, 327, 427.

<sup>176</sup> BUSO. “Código Civil Anotado”. T. I. N° 18. Pág. 189.

<sup>177</sup> DE LA FUENTE, Horacio. “Orden Público”. Edit Abeledo Perrot. Pág.23.

En el Perú la exposición de la doctrina se establece en los planteamientos que aparecen en los profesores de la materia que trabajaron en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos así Carlos GARCÍA GASTAÑETA<sup>178</sup> quien en su trabajo Programa de Derecho Internacional Privado señala “Las disposiciones de Orden Público internacional impresión y vaguedad de esta noción su influencia perturbadora.

No es una regla sino una excepción a las reglas de Derecho Internacional Privado del Libro X del nuevo Código Civil. Los efectos de los derechos adquiridos y el Orden Público internacional artículo 8 del Código de Bustamante Artículo 4 del Protocolo Adicional de Montevideo”.

### **EI ORDEN PÚBLICO ESTÁ SUJETO A MUTABILIDAD**

La sinuosidad y por consiguiente mutabilidad se puede abordar a partir del ejemplo argentino que a través de la ley 2393 de Matrimonio Civil consideraba al divorcio vincular como contrario al Orden Público internacional argentino.

Luego promulgado la ley 23515 era contrario al Orden Público internacional argentino prohibir contraer nuevo matrimonio. Por lo que se debe establecer que el tribunal aplica siempre el Orden Público internacional actual, MAYER P.<sup>179</sup> en “Derecho Internacional Privado” indica “El Orden Público en el reconocimiento y ejecución de sentencia se estudia en el capítulo respectivo desde su aspecto procesal”. También en el mismo sentido NEUHAUS.

Sin embargo en la misma Argentina se da una excepción en el orden jurisprudencial en una Petición de Herencia la Justicia Argentina –Cámara Nac. Civil Sala C 11/2/1997 ED. 178-122.-establece la invalidez del matrimonio realizado en Bolivia por la reclamante de la herencia con el causante por existir matrimonio anterior celebrado en España respecto del cual el Tribunal

<sup>178</sup> GARCÍA CASTAÑETA, Carlos. “Derecho Internacional Privado”. Librería Gil S.A. Lima, Perú. Pág. 381.

<sup>179</sup> MAYER P. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 1183. Tomado de “La Noción del Orden Público Internacional”. Jorge Basadre Ayulo. Pág. 225.

eclesiástico dictó sentencia de separación, pues tal pronunciamiento no equivale a su disolución.

El Tribunal aclaró que en el caso las partes domiciliadas en Argentina al realizar el matrimonio en Bolivia en fraude a la ley argentina donde estaba vigente la ley 2393, que no permitía el divorcio vincular y subsiguiente matrimonio.

No se hace referencia al Tratado de Derecho civil de Montevideo de 1889 vigente para Bolivia y Argentina que determina que la ley domiciliaria conyugal rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró (artículo 13).

Negando definitivamente efectos vinculares a la sentencia española dictada antes de la sanción de la ley española de divorcio, a pesar de que el causante había iniciado el divorcio vincular en España a partir del 7/7/1981 al darse la respectiva ley y que a la fecha de las presentes actuaciones también Argentina admitía el divorcio vincular.

La Cámara Nacional Civil Sala I, 15/3/2000, ED, 188-366 recepta la mutabilidad del Orden Público internacional manifiesta “Ese Orden Público internacional argentino no constituye obstáculo (...) para el reconocimiento del matrimonio celebrado por el causante en 1979 en el Condado de Midland, Michigan, Estados Unidos de América. No se trata, como equivocadamente se ha sostenido en algún pronunciamiento, o lo postula el dictamen del Ministerio Público de la anterior instancia, de brindar a la sentencia de divorcio efectos retroactivos como tampoco a la ley 23515 –que reconoce el divorcio vincular en Argentina–, pues la cuestión se sitúa exclusivamente en el terreno de la excepción de Orden Público internacional, y esta, como se ha visto abundantemente, se encuentra presidida por el criterio de la actualidad”.

El Orden Público puede estar directamente indicado en conceptos indeterminados que requieren un establecimiento a mérito de valoraciones concretas para su operatividad. Es el caso de los conceptos jurídicos-valorativos de “moral”, “buenas costumbres” “tolerancia de cultos”, “mero

privilegios”, “contratos inmorales” “reconocimiento injurioso para los derechos, intereses o conveniencias del estado o de sus habitantes”.

Y es que en realidad todos los conceptos antes mencionados tienden a la flexibilidad en la valoración del uso jurídico extranjero.

Ocasionan una tendencia justa a la equidad, a la que Kant<sup>180</sup> tildó de “divinidad muda” habla elocuentemente en lo concreto del caso.

Debe anotarse que las críticas a los principios del Derecho peruano es solo sobre las aplicaciones concretas del Derecho extranjero al caso en cuestión es el caso de la poligamia que no podría ser acogida legalmente en el Perú pues no se podría reconocer el derecho de corrección del marido, sin embargo sí se acogería la legitimidad de los hijos y se ampararía a la madre en sus alimentos y sin embargo sí conculcarían actos que no fueran cumplidos en el Perú.

Ocurre que si dado una solución concreta del Derecho extranjero competente lesionara algún principio general del Derecho peruano, no se podría ir a la inmediata sustitución del derecho extranjero por el derecho común peruano, sino que habrá de intentarse una adaptación o conciliación del derecho extranjero a los principios generales del derecho peruano, lo que resulta más importante que la directa exclusión del derecho extranjero.

Es el caso en que un derecho extranjero considerase imprescriptible un crédito antes que el derecho peruano la citada prescripción de dicho crédito, sería atendible aplicar las normas de prescripción extranjeras del crédito que mayor analogía presentara con el que viene para resolución.

Lo que finalmente es deseable es una solución sobre la base del derecho extranjero aplicable que armonice con los principios generales del Derecho.

---

<sup>180</sup> KANT, Immanuel. “Principios Metafísicos del Derecho”. Pág. 91.

ESSER<sup>181</sup> planteó una nueva posición que se enmarca en atribuir un carácter universal sobre los principios universales como base de la comparación funcional de las instituciones del derecho privado.

Por lo que, el Orden Público deberá intervenir como un elemento de coexistencia de los sistemas jurídicos y, preservando sus elementos esenciales, debe “averiguarse las adaptaciones necesarias para hacerlos “vivir juntos”. Paul Lagarde<sup>182</sup>, Batiffol-Lagarde<sup>183</sup>.

La exclusión de un derecho extranjero por contrario al Orden Público también presenta una problemática de conflicto axiológico material entre concepciones de justicia material inconciliables. De no darse una conciliación o suavización de las consecuencias prácticas que el derecho extranjero produciría en el foro, la solución extranjera deberá ceder. Los principios fundamentales de justicia de la *lex fori* son los puntos finales de la técnica conflictualista, son las formas de solución de los casos multinacionales en el foro.

Sea directamente cuando los jueces nacionales tienen jurisdicción en el conflicto, sea indirectamente cuando los jueces nacionales son requeridos para reconocer o ejecutar una decisión extranjera. La adaptación de un derecho aplicable también está impregnada constantemente por consideraciones materiales.

Porque si se pretende hacer aplicar un derecho para eludir otro esta evasión tiene por finalidad lograr la aplicación de unas consecuencias materiales que normalmente, es decir, sin el expediente fraudulento, no serían alcanzables.

## EL ORDEN PÚBLICO EN GENERAL

Szaszy<sup>184</sup> plantea como aplicaciones del Orden Público en general:

---

<sup>181</sup> ESSER. “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”. Traducción Eduardo Valenti Fiol. Barcelona, España, 1961. Págs. 438 y sgts.

<sup>182</sup> LAGARDE, Paul. “Acerca del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”. Págs. 174-175. y 201.

<sup>183</sup> BATIFFOL-LAGARDE. “Derecho Internacional Privado”. T. 1. N° 364 y nota 364, 6. 1981.

<sup>184</sup> SZASZY. “Privado Internacional ley en Socialista países”. Pág. 238 y 239.

- I) *Propter normam externam*, inaplicación de la regla extranjera por su incompatibilidad con las concepciones del foro.
- II) *Propter normam domesticam*, en el supuesto de que la norma interna de este sea de aplicación inexcusable en todo caso.
- III) *Propter normam inter gentes preceptam*, cuando la ley extranjera es contraria a un Orden Público o *ius cogens* internacional.

Recogiéndose la tendencia a favor del giro de tipo de reglas de plena imperatividad en Derecho internacional público, sobre la base de un amplio sector doctrinal.

Al respecto debe tomarse en cuenta que el Orden Público es eminentemente variable según los tiempos y los países, toda vez que es producto de una falta mínima de equivalencia entre las legislaciones y no del desnivel de civilizaciones, su variación se da a través de las fronteras y de esos casos temporales relativamente cortos.

## **EL CONCEPTO DIFERENCIAL**

Se plantea que la noción estricta de la cláusula de reserva supone que se tenga que delimitar la misma respecto de categorías jurídicas un tanto próximas y con las cuales ciertamente puede darse una cooperación funcional; así podemos decir que la cláusula de reserva se distingue:

- 1) del Jus Cogens al poner un límite a la autonomía de la voluntad en materia de contratos.
- 2) de las leyes consideradas absolutas de aplicación incondicional.
- 3) de las leyes que integran el Derecho Público.

Al cabo de estas sucesivas eliminaciones se puede señalar que la cláusula de reserva implica una acción negativa destinada a anular en última instancia la aplicación de la norma material extranjera designada por la norma de colisión competente. En los últimos tiempos se viene dando un especial empeño en

marcar diferencias que en parte son las antes expresadas pero que conviene reiterar.

Es en primer término la distinción entre Orden Público interno como limitación a la libre voluntad de las partes –Francescakis, Rigaux Valladao etc– y Orden Público internacional –límite a la aplicación de la ley extranjera en función del contenido, de sus efectos igualmente– es también importante igualmente la distinción señalada por Barile y Neumayer entre Orden Público internacional y leyes imperativas en los últimos tiempos y en el extremo en relación a la ampliación del Derecho Internacional Privado y la relevancia del Derecho Internacional Público, se ha seguido insistiendo en la diferencia entre Orden Público internacional y leyes de Orden Público –aquí es donde muchos hacen jugar las normas de aplicación inmediata, la norma unilateral, etc. Neumayer–.

### **El Orden Público. Concepto fundamentalmente problemático**

La doctrina ha indicado que es prácticamente imposible formular una noción rígida preceptiva del Orden Público, por lo que cabe es precisar lo que se entiende por Orden Público tal como lo planteó PILLET.

Se trata de una noción tremendamente enigmática (Healy) un tema en el todo es discutible (Niboyet) lo que en realidad es una forma de explicar lo que se ofrece como anormal, contradictorio.

Aubry dijo de manera cáusticamente que “el Orden Público venía a ser en el Derecho Internacional Privado lo que el sistema nervioso representa medicina una referencia en la que apoyar lo que no se puede diagnosticar.

Según Khan<sup>185</sup> “El Orden Público es la parte desconocida del Derecho Internacional Privado –también lo señala así, Barile– o un concepto mejor sentido que expresado como Neumayer pone en boca del mismo Khan.

---

<sup>185</sup> KHAN. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 114.



El Orden Público es un principio necesario del que no puede prescindirse, representa una dimensión constitutiva del Derecho Internacional Privado como sistema de normas de colisión, cumple unas funciones importantes dentro del proyecto de reglamentación del tráfico jurídico externo, contribuyendo a lograr esa fórmula de compromiso, de combinación en la que se traduce el Derecho Internacional Privado. Actualmente, se puede decir que el Orden Público tiene su esencia en su misma necesidad, que se manifiesta en unas funciones. WEISS y los personalistas nos pusieron sobre la pista de esta idea funcional.

La función del Orden Público es equilibrar y corregir una excesiva extraterritorialidad, ciertas consecuencias perjudiciales de la personalidad de las leyes.

VALERY señalaba que el Orden Público se define por la función que realiza y por la finalidad de la ley que defiende.

ARMINJON ha transplantado al problema del Orden Público su idea general de justicia, el Orden Público es una de las formas de realizar y proteger la justicia. LAGARDE y BATIFFOL señala que el Orden Público realiza una función de coordinación dentro del campo mismo de las normas materiales.

En LEFREBOURS-PIGEONNIERE y FRANCESCAKIS el Orden Público cumple una doble función; es un instrumento al servicio de la moral, del derecho natural y es también un medio con el que se protege y afianza una determinada política legislativa.

Por su parte ERICK JAYME<sup>186</sup> después de hacer varias disquisiciones racionales va plantear y para señala que “el Orden Público constituye el tema más angustiante de la teoría general del Derecho Internacional Privado”.

---

<sup>186</sup> JAYME, Erick. “Métodos para la concretización del orden en el Derecho Internacional Privado”. Rev. De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Caracas Univ. Cen. De Venezuela, 1991. Págs. 218-219.

De lo que se puede columbrar que el Orden Público por ser una categoría que contiene funciones debe ser objeto de un periódico examen y revisión al hallarse en estricta relación de dependencia que se experimentan en la misma función del Derecho Internacional Privado.

## **EL ORDEN PÚBLICO, COMO NORMA DE COLISIÓN**

Esta concepción se dado principalmente en los juristas alemanes KHAN fue el que animó el estudio en ese sentido; de igual manera siguió ZITELMAN, por lo que cabe construirse de acuerdo al esquema propio de la norma de colisión, constituyendo el problema el determinar la naturaleza y rasgos de esta.

KHAN calificaba el Orden Público como una norma de colisión de carácter subsidiario que completa la acción de toda grenznormen, el punto de carácter neurálgico para este autor es la inlandsbeziehung, esta teoría sin embargo fue criticada como consecuencia de la dificultad de precisar la naturaleza de esa conexión en que debía reposar la norma de colisión subsidiaria según lo que planteaba en disenso LAGARDE.

Zitelmann se planteó no reducir el problema de la dimensión formal y por ello estimo que aun siendo la cláusula de reserva una norma de colisión con carácter autónomo debía tenerse en consideración el contenido de la individualización material de la norma –inhaltsmerkmale–.

La cláusula de reserva aparece arraigada al esquema de las normas de colisión, lo que implica fijar una conexión, establecer su carácter como norma de colisión y también determinar sus efectos.

Se afirma que se trata de una norma de colisión que complementa a otra según el planteamiento de LAGARDE que sin embargo se vuelve accesoria y subordinada cuando no vive de sí misma, sino al servicio de la aplicación de las otras normas de colisión; en otro extremo se acusa el carácter unilateral de que implicaría esta norma de colisión.

Al respecto LEWALD también habla de una norma de colisión unilateral, en este Aguilar Navarro<sup>187</sup> explica que la unilateralidad se impone. Lo cual se puede establecer a partir de la pregunta ¿Podría comprometerse esta afirmación al reconocer como relevante el Orden Público extranjero?

Francois Rigaux señala el planteamiento de eliminar la acción del Orden Público mediante el recurso que el califica de extensión variable de las categorías de conexión.

Exposición que efectúa a partir de dos sentencias en las que se debate el problema de la prescripción y de ciertos efectos personales en el matrimonio, al efecto usa las sentencias alemanas del 19 de diciembre de 1921 y la del 17 de febrero de 1936.

## **EL ORDEN PÚBLICO Y LA EXTENSIÓN DE LA LEY**

La ley es extendida por el Orden Público en dos direcciones:

- 1) Territorialmente.- Al aparecer como un principio que genera que determinadas leyes sea un derecho absoluto y necesario –Quadri, Sperdutti– o también por la aplicación sustancialmente territorial de la cláusula de Reserva.
- 2) Personalmente.- Al actuar configurando la conducta de los propios ciudadanos al margen del lugar en que se encuentren.

Esta doble dirección personal y territorial marcan los ejes en los que se apoyan la aplicación del Orden Público debido a que a partir de la combinación puede derivar otros supuestos en el caso de ser recomendables una clasificación de las manifestaciones de Orden Público más complejas. Puede del mismo modo percibirse una determinada orientación en este sentido a efectos de resolver los problemas que ha suscitado la teoría alemana de la *inlandsbeziehung*. En este sentido la tesis de VALERY señala una respuesta plena para señalar el

---

<sup>187</sup> LEWALD. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Cit. Pág. 181. Tomado de “Derecho Internacional Privado”, Aguilar Navarro Mariano. Vol. 1 Tomo II. Segunda Parte. Pág. 222.

tipo de conexión que tiene que darse con el Foro para que este haga valer su Orden Público.

## **DETERMINACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DEL ORDEN PÚBLICO**

El Derecho Internacional Privado tiene una esfera de obligatoriedad que se determina recurriendo a un criterio espacial. Cabe entonces averiguar por cuales son las normas de colisión que resultan aplicables, o serán aplicables exclusivamente las del Foro-sin poder dar como real la doctrina que algunos internacionalistas apoyaron al admitir la existencias de normas auténticamente internacionales que determinaban el sistema de normas de colisión aplicable, aun existiendo doctrina –bastante reconocida– en el sentido de que no siempre se aplican las normas de colisión del foro. Desde esta orilla tiene mayores perspectivas el reconocimiento y consideración del Orden Público de un ordenamiento extranjero. En este sentido se produce una vinculación con el Reenvío al hacerse coincidir con el Orden Público extranjero. En Pillet el efecto reflejo del Orden Público quedaba intuida esta orientación la oportunidad quedaba legitimada, quedando el problema de ir concretizando la viabilidad específica.

La actualidad es elemento constitutivo del Orden Público y esto a su vez conlleva a una determinación de carácter temporal surge entonces la pregunta cuándo hay que detenerse para apreciar el Orden Público –las contestaciones son al unísono– el momento de la resolución judicial el específico señalado por la aplicación de la norma o el reconocimiento del acto y sentencia extranjera.

El problema referente a la temporalidad ha sido estudiado por el profesor Angulo Rodríguez<sup>188</sup> sosteniendo a manera de conclusión la temporalidad y actualidad del Orden Público precisando en que solo de manera excepcional y por motivos que no pertenecen al funcionamiento intrínseco del Orden Público se puede tener presente una concepción de Orden Público superado.

---

<sup>188</sup> ANGULO RODRÍGUEZ. R.C. 1972. Págs. 369 y sgts.

## **LA CONCRECIÓN JUDICIAL DEL ORDEN PÚBLICO**

La función que cumple el Orden Público y su estructura constitutiva hacen imposible la determinación de una fórmula dogmática como de una enunciación taxativa de presupuestos en función del mismo contenido del Orden Público o de la forma excluida. Establecida la fórmula general del Orden Público en el sentido utilizado por las últimas sesiones de la Conferencia de La Haya, por los textos positivos estatales y la orientación de la jurisprudencia se debe reconocer que el Orden Público establece una línea general indicativa que solo adquiere concreción y contenido posteriormente por la acción casuística de la jurisprudencia.

## **ELABORACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ORDEN PÚBLICO**

La dación de una definición del Orden Público es tarea complicada. Como ya hemos afirmado resulta irrealizable si se aspira a lograr una noción rígida preceptiva, y al mismo tiempo material, por ello se ha señalado que el Orden Público es indefinible. Por lo que cabe buscar su definición considerando la misión que cumple en el proceso de realización de la norma de colisión.

Lo que supone indicar que el Orden Público se polariza en relación al alcance que se debe dar a la aplicación e inserción de la norma material extranjera. Siendo que la función más importante del Orden Público es ser filtro por el que se depura la norma material extranjera antes de surtir sus efectos en el ordenamiento del foro podría aceptarse al menos provisionalmente el concepto siguiente: El Orden Público determina, como medida obligada de defensa del orden moral social y jurídico del foro la excepcional exclusión de la norma material extranjera reclamada por la competente norma de colisión.

No se alude al carácter positivo y negativo del Orden Público, la distinción entre Orden Público interno e internacional, la atención o no al Orden Público extranjero.

Francois Rigaux señala la ambigüedad e impropiedad del término al igual que la confusión reinante en este orden.

Para establecer una terminología correcta debería recogerse los siguientes rasgos. Autonomía del Orden Público debido a sus diferencias con las leyes prohibitivas, las normas de *Jus Cogens* que limitan el alcance de la autonomía de la voluntad dentro del derecho esencialmente dispositivo, el carácter ciertamente defensivo, lo que hace una medida especial, limitada y acaso excepcional, naturaleza de la acción defensiva realizada por el Orden Público mediante un cabal conocimiento de que es efectivamente lo que hay que proteger y defender y conocimiento de las medidas en que plasmara la acción defensiva encomendada al Orden Público y la consecuencia tras su intervención de este principio corrector. Siendo indispensable distinguir entre Orden Público interno –caso autonomía de la voluntad en contratos– y el Orden Público en el Derecho Internacional Privado.

Tenemos un volumen de términos como: Leyes prohibitivas, instituciones desconocidas, derecho público, *public policy*, cláusula de reserva, Orden Público internacional etc., que son usados habitualmente y en los que se recogen estos rasgos. Se podría plantear un compromiso terminológico y proponer que hablara de cláusula de reserva justificada posconsideraciones de Orden Público. Al combinar cláusula de reserva como expresión de un Orden Público de carácter negativo en estricto arreglo a la concepción de la comunidad jurídica como lo pensó Savigny y de un Orden Público como un símbolo de la inexorable aplicación de unas normas y principios que por su carácter fundamental se imponen en planos diferentes pero por igual razón frente a la voluntad de los individuos y la reconocida competencia de los otros estados. Persistiendo la distinción entre Orden Público y cláusula de reserva.

## **EL ORDEN PÚBLICO Y LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO**

Se señala que no se ha estudiado la noción autónoma de Orden Público en general como algo distinto y separado del concepto “leyes de Orden Público” el cual solo constituye un aspecto de dicha institución.

La primera cuestión que se señala es que en el caso de las “leyes de Orden Público” el legislador declara expresamente que la norma que dicta está comprometida con el Orden Público podría decir que en este caso se habla de la causa, razón o fundamento por las que el legislador asigna a ciertas normas el carácter de “leyes de Orden Público”. Que puede ser establecido al momento en que los jueces solucionan los conflictos. Pudiendo ser objeto de resolución por el Orden Público institución, para su defensa.

## **EL ORDEN PÚBLICO Y LAS LEYES DE APLICACIÓN INMEDIATA**

El Orden Público interno positivo trata de las leyes de policía que se imponen a todos dentro del territorio de un estado del foro, originando que la ley normalmente no entra en juego. Francescakis quien ha empleado la noción de leyes de aplicación inmediata –que engloban las leyes de policía y las reglas del estado del foro que son aplicables a una situación internacional.

La tendencia actual es diferenciar el Orden Público con las leyes de aplicación inmediata.

LOUSSOUAM YVON y BOUREL PIERRE<sup>189</sup> señalan en su obra “La identificación de las leyes de aplicación inmediata con el Orden Público se da por una confusión terminológica que se traduce por la tendencia jurisprudencial de asimilar leyes de policía y las leyes de Orden Público y deducir que en presencia de una situación tal a la aplicación de la ley del foro se impondrá aunque las reglas de conflicto designase como aplicable a la ley extranjera”.

---

<sup>189</sup> LOUSSOUAM, Yvon y BOUREL, Pierre. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 270.

Lo que significa que las leyes de aplicación inmediata son usadas preliminarmente, es decir, en el origen del razonamiento conflictual el juez puede constatar que los intereses sociales en proceso son tan importantes que la *lex fori* debe ser aplicada en forma de sus propias disposiciones, excluyendo *Ab-initio* la designación de la ley extranjera, por el contrario el Orden Público es aplicable al final del procedimiento conflictual, dándose que en este caso la ley del foro deberá ser normalmente escogida frente a ley extranjera aplicable según la regla de conflicto, lo que no es suficiente para descartar la ley extranjera sino que deberá tomarse en cuenta que las prescripciones concretas de dicha ley resultan inadmisibles por el Juez nacional.

Resulta palmaria la legislación en ese sentido dada en Ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1981 que regula el Orden Público en el artículo 17 que textualmente dice “Se excluye la aplicación de disposiciones del Derecho extranjero si ella condujese a un resultado incompatible con el Orden Público suizo”.

Y las leyes aplicación inmediata en el artículo 18 que dice “Se reservan las disposiciones imperativas del derecho suizo que, en razón de su finalidad particular, sean aplicables cualquiera que sea el derecho designado por la presente ley”.

El CIDIP V efectuado en México en 1994, sobre los contratos internacionales en su artículo 11 “establece que cualquiera que sea el derecho elegido por las partes se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo” y aparece en el artículo 18 regulan el Orden Público “El derecho designado por esta convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al Orden Público del foro”.

Finalmente, debe agregarse que el Orden Público se forma de los principios fundamentales del derecho en tanto las leyes de aplicación inmediata atienden fines específicos.



## **EL ORDEN PÚBLICO Y LAS LEYES IMPERATIVAS**

Desde sus inicios la doctrina concibió los dos conceptos como sinónimos, es decir, que ambas imbrican entre sí, sin embargo, actualmente se viene planteando que existen diferencias que se pueden cifrar en el hecho que las leyes imperativas son distintas de aquellas dirigidas al interés general de las que se orientan a los intereses individuales, señalándose que las leyes son una especie dentro de las imperativas, las destinadas a proteger los intereses generales de la sociedad, siendo que de otra manera serían imperativas pero no de Orden Público, también se ha dicho que la violación de una ley de Orden Público siempre es sancionada con nulidad absoluta, es el caso de los incapaces de hecho se da nulidad relativa aun a pesar de una ley de Orden Público como las normas que rigen la capacidad de las personas. Es así entonces que las normas que regulan la capacidad son solo imperativas, pues se expresan en protección individual, al efecto se podría señalar el caso del incapaz.

Sin embargo separar las leyes imperativas de las de Orden Público no es muy aceptado en nuestro sistema jurídico, al respecto debe mencionarse aquella frase que dice “las personas tienen derecho a realizar todos los actos que no sean expresamente la autonomía de la voluntad, como sería ordenar la aplicación forzosa de normas mediante la nota de imperatividad”.

La norma clave del sistema es el artículo 2049 del Código Civil que prescribe “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el Orden Público y las buenas costumbres”.

La cuestión es que mediante este breve mandato legal permite disponer de imperatividad no solo a las leyes en cuyo cumplimiento esté preocupado el Orden Público, por lo que habría que asumir que sin Orden Público no existe imperatividad, con lo se puede señalar que siendo así, constituye la precitada norma una excepción al principio de libertad que consagra el artículo 62 de nuestra Constitución Política.

Por lo que se puede a manera de corolario parcial señalar que las leyes de Orden Público son de carácter imperativo pero además de anudarse al criterio de la existencia de un interés general u Orden Público.

Siendo que las leyes imperativas y de Orden Público son en realidad lo mismo, por cuanto son causa y efecto de un mismo fin el cuidar el interés general.

En las leyes prohibitivas se puede encontrar evidencia de cómo se encuentra comprometido el Orden Público, pues es el propio legislador el que explícitamente prohíbe ciertos actos bajo pena de nulidad, haciendo prevalecer el interés general sobre el de los particulares.

Las leyes prohibitivas tienen un ámbito reducido, pues su lógica es que deben estar dirigidas a “actos y/o contratos específicos” también tienen otro efecto que está determinado por cuanto el acto violatorio seguirá siendo válido, de modo que tampoco se configurará un supuesto de imperatividad que supone la invalidez del acto infractor como consecuencia de la imposibilidad de abolir la ley al respecto.

Las leyes en las que no se encuentre comprometido el Orden Público no serán imperativas sino dispositivas, se plantea que en el Orden Público no se da la imperatividad, pues el primero es causa el segundo es efecto.

Se debe partir de la base de que la ley de la que surge la nulidad fuera imperativa, pero no de Orden Público, abriéndose la posibilidad de que la invalidez resultante pudiera ser relativa por hallarse en juego solo intereses individuales, como el caso de los incapaces de hecho, vicios de la voluntad, etc.

En lo referido a las nulidades y el Orden Público, debe señalarse que las primeras no pueden ser solo absolutas sino también relativas, pues el Orden Público es susceptible a cualquiera de ellas; no debe confundirse las normas imperativas que no son de Orden Público como dispositivas, pues se considera que solo tienen un carácter particular y el Orden Público es de carácter general

es el interés general es decir requieren del carácter imperativo el cual puede o no cumplirse por los particulares.

En cualquier definición de ley está tácita la nota de obligatoriedad, y esta calidad viene siendo consagrada desde los inicios, es pues, según la doctrina un carácter necesariamente implicado en la definición de ley, al margen que se le considere un acto jurídico que emana de un estado en el que hay reglas, o que se la considere exteriorización del poder de hecho de un estado realidad social.

Así, se puede concluir que el origen de la ley será independiente de si el poder que las emite es autocrático o es democrático, pues la diferencia solamente es las reglas que se representan de manera preestablecida en el segundo y en el primero no, al respecto debe tomarse en cuenta que al margen de las garantías individuales, puede dictarse las leyes imperativas que convengan a los intereses del pueblo que representa.

Toda ley es premunido por una vocación imperativa, cuyo vigor son las garantías individuales, frente a ellas el legislador debe detenerse, pudiendo el legislador dejar a los individuos la posibilidad de proceder de otro modo en el caso particular, o también dar permisibilidad a la aplicación extraterritorial de leyes extranjeras, o para respetar los derechos adquiridos y los efectos de los hechos anteriores a su sanción, pudiendo la ley en principio imponerse a la voluntad individual, prevalecer sobre la ley extranjera y ser retroactiva.

En realidad, en la doctrina, el Orden Público se funda en tres supuestos clásicos (preferencia sobre la voluntad individual, sobre la ley extranjera y retroactividad), siendo un medio para justificar la prevalencia de ciertas leyes frente a los tres señalados principios contrarios, ya ennumerados y que se fundan en el respeto de la personalidad humana los dos primeros y en el de la comunidad internacional, siendo así donde la presencia de principios contrarios exigía defender el imperio de ciertas leyes, se ha creado la concepción de Orden Público.

Basta afirmar el vigor imperativo que es el de la naturaleza de la ley y que no necesita, por lo tanto ser justificado, pero que se detiene ante el segmento de estos principios, en la medida que ellos deben prevalecer ese segmento es el de las garantías constitucionales que es infranqueable, de allí tenemos que podemos columbrar que el Orden Público no es la excepción sino la regla general por el contrario la autonomía de la voluntad, la extraterritorialidad de la ley y su irretroactividad serían las excepciones al imperio de las leyes.

La libertad y la propiedad de un lado y la comunidad internacional por la otra, son el fundamento de las excepciones antes señaladas, y con la presencia de esos valores se podrá determinar el ámbito de las mismas y así llegar a diferenciar entre las leyes, cuales son las que no tienen carácter imperativo.

La naturaleza de regla frente a la de excepción no afirma valores ni depende por cierto del número de casos que sean de un lado o del otro. Se trata que las reglas o principios son de aplicación universal, las excepciones en cambio solo tienen aplicación particular de tal que en el segundo caso se debe determinar los casos que debe aplicarse, en el caso de las reglas no.

La excepción extrae del total un cierto número de casos, la regla es residual, por lo que no puede ser de extrañarse que la excepción tenga un ámbito de aplicación más amplio que la regla.

En el caso de las normas imperativas son más que las supletorias, así basta considerar que es imperativo todo el Derecho público y dentro del Derecho privado lo es, el Derecho de Familia, el Derecho laboral, los derechos reales, la mayor parte del derecho sucesorio, del marítimo, los documentarios del comercio, el derecho concursal, e incluso el procesal, también las normas consagratorias de las libertades o las que se repiten aplicándolas a supuestos de derecho privado son imperativas.

Serían en general supletorias con bastante interferencia de normas imperativas el derecho de las obligaciones y contratos y algunas normas incluidas en las ramas antes mencionadas, nos referimos a la autonomía de la voluntad y más

extenso es el de la extraterritorialidad de la ley y más aún el de la irretroactividad que comprende mayor número de casos que el de la regla.

Resulta que planteadas así las cosas el Orden Público no es necesario definirlo para diferenciar el carácter imperativo de las leyes, lo que debe entonces hacerse es precisar el alcance de la libertad de contratar, los poderes de la propiedad así como la medida en que debe respetarse las reglas de Derecho Internacional Privado, estableciendo un ámbito que se substrahe al imperio de las leyes. La doctrina debe confirmar la inviolabilidad de las garantías constitucionales, fundada en el respeto de la libertad, la propiedad, y la comunidad internacional encauzar la discrecionalidad legislativa, estableciendo cuando la voluntad es autónoma y también la ley extranjera extraterritorialmente aplicable. Dejando a salvo el derecho del pueblo a resguardar sus intereses colectivos con leyes imperativas.

De lo que se trata entonces es sistematizar los principios y es fundamental para obtener ese resultado, colocando en el lugar correspondiente las atribuciones, las libertades, determinando su medida y haciendo posible su armonía.

## **EL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES**

Las Buenas Costumbres y el Orden Público en la materia contractual significa que los mismos generan un nexo entre ética y ordenamiento jurídico así como en materia de organización del contrato y es que muchas de las prohibiciones legales son de orden intrínsecamente ético en cuanto se prohíben contratos o cláusulas cuya contrariedad a las buenas costumbres resulta intolerable. Se debe establecer que los principios de las buenas costumbres son de naturaleza extrajurídica, es decir, metajurídica y como son de esa naturaleza los contratantes pueden infringirlas en forma libre y sin mayor restricción en el caso que el ordenamiento jurídico por lo que la ley a través de una estipulación en blanco le ha quitado eficacia (es decir validez) a los acuerdos de carácter inmoral, siendo así, se debe tomar en cuenta que una determinada estipulación puede constituir atentado contra el Orden Público, las buenas costumbres y la

ley, lo cual hace muy difícil distinguir entre contratos ilegales y contratos inmorales.

Pero aún menos fácil es distinguir entre buenas costumbres y Orden Público, existiendo ocasiones en las que concurre la contradicción entre estos, sin embargo debe apelarse al criterio de que las buenas costumbres se asientan en el criterio de que provienen del mundo ético-social y no aparecen legisladas en normas concretas, en cambio el Orden Público proviene de un carácter absolutamente jurídico y se le puede reducir, por lo menos de manera mediata a normas más o menos concretas.

En realidad, se debe admitir que el Orden Público se encuentra dentro de los principios generales del Derecho, también debe anotarse la moral y las buenas costumbres, todas juntas han servido para justificar el carácter imperativo de algunas normas frente a la voluntad individual y la ley extranjera aplicable extraterritorialmente; sin embargo, entre Orden Público y buenas costumbres existe diferencia en cuanto a la aplicación en la técnica jurídica, así el primero de las instituciones nombradas es usada como elemento característico de determinadas leyes, es allí que se tiene el concepto de “ley de Orden Público”, siendo así la norma cuyo carácter imperativo se funda, en ese concepto es siempre ley; en cambio las buenas costumbres son normas consuetudinarias, así las leyes que desconocen efectos a los actos jurídicos o leyes extranjeras contrarios a ellos, establecen su consagración genérica la norma materialmente aplicable en virtud de ella es una norma consuetudinaria, es decir, que se rechaza la usura por ejemplo cuando se establece que una norma material no debe ejecutarse por cuanto es contradictoria con las buenas costumbres.

Se debe señalar que en cuanto la autoridad de los magistrados la moral y las buenas costumbres operan coincidentemente, pudiendo solo hacerse intervenir moral que rige la conducta en cuanto se exterioriza en las relaciones con los demás, por otra parte el concepto de costumbres se halla caracterizado por la nota valorativa de “buenas”<sup>190</sup>, que resultarían ser normas morales de obligatoriedad jurídica; siendo coincidentes en ese sentido muchas de las leyes

de Orden Público tienen un contenido ético o consuetudinario, es el caso de las que regulan la patria potestad, el matrimonio, las que imponen resarcir el daño causado por el delito y otras, se trata desde cualquier arista de leyes de carácter imperativo, siendo que estas se hallan en su fin, y son normas jurídicas en la medida que tanto moral como buenas costumbres se refieren a leyes que son normas éticas o consuetudinarias, las primeras plantean discernimientos en los documentos en cambio las segundas abren un ancho campo a la discrecionalidad de los jueces, siendo que su aplicación resulta muy riesgosa, pues puede darse que se apliquen por moralistas muy rígidos o espíritus sectarios. Las normas que engloban el carácter consuetudinario o moral, la sistematización es aplicable, y su vigor imperativo les da la ley que las declara aplicables, son entonces leyes y sin embargo están sujetas a las disposiciones constitucionales y es que tanto la moral como las buenas costumbres no pueden enfrentar el campo inviolable de las garantías constitucionales que es la excepción en su vigor imperativo, en este caso no se da la autolimitación legislativa porque el legislador les ha otorgado en forma general el carácter imperativo, es decir, se sobreponen a la voluntad individual y a la ley extranjera y en cuanto a los efectos imperativos respecto del tiempo estos son permanentes, y es que la moral y las costumbres no cambian sino lenta y paulatinamente no pudiéndose hablar de aplicación retroactiva, siendo que la misma es la regla y debe optarse por establecer que no se aplique cuando afecten la garantía del derecho adquirido, así una ley que declara obligatoria la moral y las buenas costumbres debería establecer expresamente su retroactividad, pues está de por medio la autolimitación genérica.

Entre ambos conceptos existe una sinonimia por cuanto resultan siendo una contención contra cualquier aspecto de la autonomía de la voluntad la doctrina tiene como principal coincidencia que conceptualiza las “buenas costumbres” como las normas de carácter moral que rigen prácticamente en el medio social de que se trate es pues proveniente de “la conciencia popular dominante esto es el sentimiento de decoro de todos aquellos que piensan equitativamente y

---

<sup>190</sup> El calificativo de bueno depende de la moral y ética imperante en la sociedad a que se hace referencia.

rectamente” Heinitz citado por Orgaz<sup>191</sup> también hay que tener presente que el legislador o los jueces, encargados de establecer que es “buenas costumbres” no deberán usar su propio concepto sino que deberán hacerlo conforme a la denominada “moral social dominante” que viene a ser el ideal de conducta que rige en un país determinado.

Es pues las buenas costumbres una expresión del Orden Público pues es claro que el interés general exige una conducta ética y su cumplimiento según el caso en la sociedad constituyendo en el pilar más importante para la preservación de la misma, se da la coincidencia desde el punto de vista del Orden Público objeto que es igual al interés general el otro Orden Público institucional es neutro dentro lo que significa el mismo como instrumento de protección del Orden Público objeto. Debe también establecerse que existe una clara alusión al efecto que significan las disposiciones constitucionales del tipo de protección de las Buenas Costumbres y también los que aparecen cifrados en la ley civil –Código Civil–. Se está presupuestado al prohibirse la causa fin ilícita, respecto de los actos prohibidos, al declarar irrenunciables los derechos cuando están afectados por esos principios morales. Se puede decir que cuando el Orden Público no se expresa jurídicamente, se expresa moralmente.

Siendo que el interés general no es suficientemente claro para determinadas cuestiones sean de índole moral o jurídica, en este caso los operadores jurisdiccionales actúan resolviendo desde el punto de vista en conjunto de la moral y de las buenas costumbres, integradas al denominado concepto de Orden Público-objeto.

Ambas nociones son indeterminadas y de contenidos variables, sujetos a precisión por los operadores sean jueces o legisladores, de acuerdo a la moral vigente. En los principios morales<sup>192</sup> se encuentra íncritos las principales normas del sistema jurídico peruano, siendo que en este ámbito es muy importante la actuación autónoma de los jueces, quienes aparecen provistos de

---

<sup>191</sup> HEINITZ. “Acerca el Derecho Internacional Privado”, cit. Págs. 64-225 Tomado de “La Ley”, Orgaz.

<sup>192</sup> La mejor vigilancia de los operadores jurisdiccionales se debe al público que en el caso del Perú es muy deficiente.



un amplio espacio para decidir cuándo un negocio jurídico es moral o es inmoral, con las consecuencias sobrevinientes según corresponda al caso declarando la nulidad absoluta de ser inmoral o contrario a las buenas costumbres. En este extremo se ha señalado que son muy extensos los poderes de los jueces, sin embargo, hay que hacer notar que su desenvolvimiento siempre está cercanamente vigilado por la opinión pública, que en realidad es infranqueable, cuando se trata de justicia.

## **EL ORDEN PÚBLICO Y LA MORAL**

Se plantea que en lo referente a las condiciones generales de los contratos el Orden Público y la moral que en realidad actúan en forma conexas que determina la existencia en manos del intérprete de un instrumento flexible en el que se puede controlar la validez de las cláusulas lesivas.

En este sentido las dos instituciones que al tener un contenido indefinido y variable son útiles para la cobertura y medio idóneo para las nuevas ideas que se van imponiendo en el nuevo ambiente social y jurídico.

Existe una voluntad de llevar adelante una interconexidad entre ambas instituciones del derecho, permitiendo un mejor desarrollo de las mismas.-

## **EL ORDEN PÚBLICO Y EL FIN DE LA LEY**

En Roma se dieron algunas máximas como "*privatorum conventio jure público non derogat*" y "*contra tenores legis privatam utilitatem continentis pacisci licet*" se encontraban en referencia con aquella que dice "*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatorum quod ad singulorum utilitatem*" fueron de manera fundamental las que sirvieron para indicar el objeto o fin de las normas como signo distintivo de las que podían ser dejadas a un lado por las convenciones y de las que no permitían tal derogación particular. Debe iniciarse este análisis tomando como punto de partida que todas las leyes tienen un interés general es el caso de proveer de defensa nacional o también la defensa de la sociedad o también el interés individual de terceros, y lo que sucede es que la ley no puede tener como propósito el derecho o interés

individual de personas indeterminadas. Se pueden aprobar sin embargo leyes que contengan concesiones, privilegios, pensiones y otras que solo puede darse en el seno del Poder Legislativo por cuanto es parte de sus atribuciones pero que en realidad no son normas que rijan la relación entre un hecho jurídico y un derecho; en sentido opuesto entre las normas del Poder Ejecutivo, y más aún en las resoluciones, reglamentos y ordenanzas de otros órganos del Estado normas que son sistemáticamente leyes. En realidad la ley tiene como característica principal regular la relación entre el hecho jurídico<sup>193</sup> y el Derecho y es que el Derecho en realidad nace, se modifica, se amplía o se extingue por un hecho jurídico. Así, pues, la apropiación de una “*res nullius*” hace nacer el derecho de propiedad, conforme a ley. En el caso de una pensión de gracia que otorga el Congreso de la República es porque la norma constitucional que autoriza al congreso a tal procedimiento. Siendo así la norma que tiene por propósito regular la relación entre un hecho y el derecho es de interés general porque alcanza a cualquier persona que se encuentre comprendida entre sus previsiones. Es así que el acto que acuerda modificar o extinguir el derecho de una persona determinada, se da dentro de la óptica que toda ley se dicta teniendo en cuenta el interés colectivo; pero la norma que tiene por propósito regular la relación entre el hecho y el derecho es de interés general pues atañe a todo tipo de personas comprendidas en sus límites. No se puede adherir la doctrina del Orden Público necesariamente a un interés general, utilizándose que estos dependen de la organización social, bienestar general, seguridad pública higiene, moralidad, buenas costumbres, con lo cual se puede distinguir de manera eficaz las leyes de Orden Público. Así pues el fin superior y abstracto de muchas leyes consideradas de Orden Público, es solo aparente pues en realidad tienden a beneficiar a los individuos, aunque indeterminadamente considerados; sin embargo, hay otras leyes que sin entrar en dudas tienen por propósito expreso salvaguardar intereses individuales y sin embargo se imponen a la voluntad de los contratantes, como es el caso la publicidad de los derechos reales, las que crean derechos a favor de los adquirentes de buena fe. Es en las leyes de Orden Público donde la falta de

---

<sup>193</sup> El hecho jurídico siempre estará anudado al derecho el mismo que estar en muchos casos en estricto correlato por cuanto no se puede hacer otra distinción.

fines abstractos son más palpables en las que tienden a proteger a uno de los sujetos de la relación jurídica. Las leyes laborales y las leyes de carácter social y las que alteran los términos de los llamados contratos de adhesión son del tipo descrito en el párrafo anterior, existen en estas leyes una intención tuitiva a las personas que resultan legalmente capaces pero que sufren una debilidad relativa de orden social o económico, que el Código Civil<sup>194</sup> no considera incapacidad. Debe anotarse que es la ley la que puede hacer prevalecer el interés real sobre el aparente y es en el ámbito de la libertad de contratar, cuando una de las partes es notoriamente más débil que la otra, careciendo de la posibilidad de modelar el contrato conforme a su verdadero interés. Todas las leyes tienen por fin un interés general, siendo que en realidad que las leyes de Orden Público están inspiradas por todo tipo de fines. Podría decirse que hay leyes dirigidas a fines abstractos y superiores (ejemplo las leyes de derecho público), las leyes destinadas a proteger los intereses de personas indeterminadas (ejemplo, las que protegen a terceros) leyes que protegen el interés de los sujetos de la relación jurídica (prohibición del duelo etc.) y las leyes que protegen el interés de uno de los sujetos de la relación jurídica (leyes laborales, prohibición de cláusulas en los contratos de adhesión, etc.). En realidad mucho de los juristas solamente consideran como de Orden Público al derecho publico) las leyes destinadas a proteger los intereses de las personas indeterminadas (ejemplo las que protegen a terceros) leyes que protegen el interes de los sujetos de la relacion juridica (prohibición del duelo, etc.) y las leyes que protegen el interes de uno de los sujetos de la relación juridica (leyes laborales, prohibición de clausulas en los contratos de adhesión,etc.) En realidad muchos de los juristas solamente consideran como de orden publico al primer grupo de leyes, es decir, las persiguen fines superiores y abstractos siendo que las demás son solo de carácter imperativo, debiendo tener presente que el único fundamento legal del imperio de las leyes frente a la voluntad individual, a la irretroactividad y a la extraterritorialidad es el Orden Público, en realidad todas las leyes protegen intereses personales y unas son consideradas de Orden Público y otras como imperativas cada consideración

---

<sup>194</sup> El Derecho Civil siempre se ha manifestado en el cuidado de las partes mas débiles en una relación jurídica sin embargo el derecho del consumidor viene siendo el que más impulso ha dado en ese sentido.

con sus respectivos fundamentos. Por lo cual se puede afirmar que el fin de la ley no es fundamento suficiente de su carácter imperativo, pues el legislador tomará en cuenta entre otras cosas el fin de la ley, por lo que se debe precisar que el fundamento del carácter imperativo de las leyes está en su naturaleza y no en los fines de las leyes en particular.

## **ASPECTO DE CONTENIDO**

Qué busca establecer cuáles son los elementos que engloban en su contenido el Orden Público, es tratar de dar consideraciones sobre los elementos que se engloban en el mismo.

Para Salerno<sup>195</sup> se puede definir el Orden Público como el conjunto de principios fundamentales que rigen en la sociedad, en cuanto son valores esenciales su defensa incumbe al Estado cuyos actos transgresores son fulminados de nulidad absoluta.

Tenemos la explicación –no aceptada por la comunidad científica jurídica–del neoterritorialista que plantea P. Louis Lucas<sup>196</sup>.

Al iniciar la búsqueda de una definición sobre esta institución del conocimiento jurídico llamado el Orden Público, se debe advertir que las relaciones internacionales solamente son lícitas mientras se mantienen ajenas a la ofensa a las instituciones sociales de un Estado determinado, y dejarían de serlo si se aplicaran en un territorio leyes incompatibles con la seguridad, el buen orden y las instituciones sociales de un Estado.

Precisado esto, debemos señalar que no existe una definición concreta –absoluta– sobre la materia; se dice más bien de ella que es imprecisa, debido a la mutabilidad de los conceptos en los que descansa el Orden Público; se dice que es variable y relativa en sus tiempos de aplicación, ya que lo que entendemos por Orden Público hoy, no podría serlo de aquí a unas décadas; y

---

<sup>195</sup> SALERNO, Marcelo. “Derecho Civil Profundizado”. Pág. 97.

<sup>196</sup> LOUIS, Lucas. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 181.

lo que es aplicativo jurídicamente hablando en un Estado, puede no serlo en otro.

Es una suerte de realidad estimable o tentativa, en donde se aplica un sistema de “valoraciones vigentes” en determinado tiempo y lugar. Es por eso que no se mantienen incólumes los fundamentos que engloben la definición de Orden Público, es decir, escapa de una fórmula matemáticamente exacta<sup>197</sup>.

Pero podemos decir, y eso sí, con exactitud, que el Orden Público, denominado también en los países del *Civil Law* como *order public internacional* en Francia; *ordine pubblico* en Italia; “cláusula de reserva” (Vorbehaltssklausel) en Alemania o *public policy*. En los países del *Comon Law* como Inglaterra y Estados Unidos, es el “obstáculo” que se encuentra admitido en todos los sistemas de normas conflictuales en el mundo.

Como conato inicial de definición, se puede decir que se entiende por Orden Público al conjunto de relaciones ejercidas en la sociedad y que se hallan protegidas por el ordenamiento jurídico vigente, atendiendo a su naturaleza jurídica y por la ley territorial en el caso de conflictos de leyes.

Lo que significa, que ese señalado conjunto de normas existentes, son proclives y tendientes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad de la sociedad y, en general, el interés comunitario y el bien común.

En el diccionario OMEBA se lo ha definido como el “conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”.

---

<sup>197</sup> Hacemos esta disquisición aun a pesar que se encuentra en tela de juicio la concepción cerrada que propone el positivismo jurídico.

De estas definiciones de caracteres subjetivas, se puede columbrar que el Orden Público tiene un espectro muy amplio, cubriendo desde la moral, el interés general, el bien público, el bienestar general, y que pasan por la política, por la sociedad y la economía; dicho espectro, por lo general se encuentra plasmado en las normas de Derecho público como en las de Derecho privado, que regulan la vida en una determinada sociedad y que por su fuerza y trascendencia resultan inderogables por ese Estado, y observantes y aplicadas por sus particulares.

Es importante señalar que la definición de Orden Público no aparece positivizado necesariamente pueden estar contempladas en legislaciones, como manifesté en el párrafo precedente, es decir, no solo tienen que haber sido creadas por el Legislativo, o dadas por el Ejecutivo, no necesariamente; y es que son, en algunos casos, hechos que se tornan fundamentales, hechos queridos y motivados por el interés general de una sociedad determinada, que se hallan arraigados y permitidos en su ejecución de manera consuetudinaria.

Respecto a su aplicación, es menester citar lo siguiente: “El papel que desempeña el Orden Público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al país donde se la quiere aplicar. Aun suponiendo que no exista conflicto en cuanto a la ley declarada aplicable ni en cuenta a la calificación” señala Niboyet (Sic)<sup>198</sup>

Aún cuando en un Estado, no encuentre dificultad al aplicar una ley extranjera en la jurisdicción de aquella, es posible que la ley declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado, puede hallarse en pugna con las ideas y principios morales, jurídicos y políticos esenciales en el territorio donde se ha de aplicar. Vg.: Ley que consagra la poligamia, no se aplica, en virtud del remedio que se conoce con el nombre de Orden Público Internacional.

Werner Goldschmidt, jurista estudioso de este tema desde lo que denominará la concepción normativista del Derecho internacional privado que abocaran a

---

<sup>198</sup> NIBOYET. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Cit. Pág. 381.

una interpretación sumamente interesante, en la que la base metafísica (justnaturalismo) se combinaría con una visión sociológica bajo la doble etiqueta de conductivismo y uso jurídico, lo cual implica al jurista Ch. Knapp referido por Mariano Aguilar Navarro señala que el Orden Público es una institución jurídica al servicio de la socialización del Derecho Internacional Privado. Es pues la obsesión social y humanitaria en la que el derecho y la filosofía así como el poder y la técnica se manipulan en beneficio de un orden más justo lo que implicaría reducir el Derecho a un simple aparato instrumental, es decir, un derecho para un derecho es la estimación social de lo jurídico, en la que el resultado práctico conseguido obliga a encontrar un procedimiento de concreción de sus postulados un escrupuloso cuidado para que el juicio jurídico no quede divorciado del supuesto real, definiéndolo de la siguiente manera: “es el conjunto de principios: por tanto, no es posible partir de ellos para carecer de fuerza operativa. Hay que empezar con la búsqueda del derecho aplicable (aplicación de nuestro Derecho Internacional Privado), luego urge enterarse de la solución del caso en virtud del derecho extranjero aplicable, y solo después, en otras palabras a posterior, será posible controlar la compatibilidad de aquélla con los principios inalienables”<sup>199</sup>

H. Capitan sostuvo que el Orden Público “es la organización de las reglas indispensables al ejercicio y funcionamiento del Estado”.

Un derecho extranjero declarado aplicable, deja de serlo si la solución del caso concreto pudiera infringir los principios fundamentales que rigen la solución en el ordenamiento jurídico nacional, así fue establecido en el Séptimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Argentina, 1969).

Manzini planteó la siguiente noción del Orden Público: “El Orden Público comprende en todo el país, en la amplia acepción del término, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, como son comprendidos y

---

<sup>199</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952. Págs. 147 y sgts.

observados en el país, los usos y hábitos, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las que ni las instituciones positivas, ni ningún gobierno ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para esos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos y contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana, podrá a justo título, negarle todo efecto y toda ejecución en su territorio. También debe rechazar las instituciones económicas incompatibles con el orden establecido”. En concreto se debe señalar que este jurista atribuye al Orden Público la calidad de principio mediante el cual se regula la correcta aplicación de la ley extranjera y no una excepción<sup>200</sup>.

La acepción Orden Público tiene su origen en el Derecho Romano, Portalis (Francia) decía: “Se pretende que el *ius publicum (ius commune)* no es lo que nosotros llamamos el Derecho Público o el Orden Público; por cuanto el Derecho público es el que se establece públicamente, y que en consecuencia, toda convención contraria a las leyes es nula, sin hacer distinción de leyes que puedan interesar o no al Orden Público.

*Ius Publicum* era muy empleada para expresar lo que hoy entendemos como Orden Público.

Luego, se le tomó en diferentes legislaciones como en el *Code Napoléon*<sup>201</sup>; posteriormente, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, artículo 10°, está redactado así: “Nadie debe ser molestado por sus opiniones religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el Orden Público establecido por la ley”.

---

<sup>200</sup> MANZINI, citado por Aguilar, obra citada, volumen II, Tomo I. Pág. 159, cita tomada de “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Diego Guzmán Latorre. Pág. 365.

<sup>201</sup> El Código Napolenico de 1804 tuvo mucha incidencia en el Orden Público.



El Código Bustamante, en sus artículos 4 y 5, consagra como leyes de Orden Público:

- a. Las reglas constitucionales.
- b. Todas las reglas de protección individual o colectiva, establecidas por el Derecho Político Administrativo.

La recepción legislativa que tiene el Orden Público en la normativa peruana, se encuentra plasmado en los siguientes ejemplos:

*A. “Es nulo el acto jurídico contrario a las que interesan al Orden Público o a las buenas costumbres”. Artículo V T.P c.c.*

*B. Toda persona tiene derecho: (...) “A la libertad de conciencia y de religión, forma individual o asociada. No hay persecución de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el Orden Público”. Artículo 2, inc. 3.*

*C. “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al Orden Público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.*

*Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. Artículo 6 c.c.*

Los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado se refieren al Orden Público en sus protocolos adicionales (Artículo 4°). Dispone que: “Las leyes de los demás estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de Orden Público o las buenas costumbres del lugar del proceso”.

Se dice que la formación de una persona no puede determinar si tal o cual acto va en contra el Orden Público o no pero permitir esto sería mayor incertidumbre

y confusión, esto pertenece al ámbito de lo político que antes de lo jurídico para determinar que es lo mejor para el bien público.

Existencia de un conjunto de normas tendiente a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad de las gentes y en general, el interés comunitario y el bien común. Tal definición es Subjetivista. Su concepto cubre la moral, la política, la sociedad y la economía.

No existe una definición uniforme de Orden Público, limitándose anotar solo sus principales características. No obstante, a ello se menciona a continuación algunas nociones, el Jurista Pillet expresa al respecto “Son Leyes de Orden Público las que conciernen, sobre todo, a la comunidad, que aprovechan igualmente a todos, escritas en interés de todos y no del interés de cada uno”. El Jurista Despagnet señala “Conjunto de reglas que, dada las ideas especiales admitidas en un país determinado, son consideradas como afectas al mismo”. Para Rosalía “es la disposición o acomodación de la realidad social conforme al plan establecido por un sistema de normas jurídicas, esencialmente aptas para lograr un Estado objetivo de armonía, paz social y bien común”.

Para Llambías es “un conjunto de principios eminentes –religiosos morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”.

Se puede decir que actualmente el Orden Público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, estando estas contenidas en la Constitución del respectivo Estado. Un Estado no aplica una ley extranjera o un tratado público si éstos desconocen tales principios básicos, por tanto podemos decir que los Estado a través de sus autoridades competentes, razonablemente determina cuándo debe invocar la excepción de Orden Público internacional y esta decisión no puede ser desconocida por ningún Estado extranjero.

La casuística ha producido algunos criterios como son:

Caso Fender v. St. Jhon Mildnay (1938) A.C. 1, 12 (per Lord Atkin) “La doctrina del Orden Público solo debería ser invocada en casos claros en que el daño para el público es sustancialmente incontestable y no depende de inferencias idiosincráticas de unas pocas mentes judiciales”.

Caso Janson V. Driefontien Consol Mines (1902) A.C. 484, 491 (per Lord Halsbury) “yo niego que ningún tribunal pueda inventar un nuevo título de Orden Público”.

El Código Civil español en su artículo 11 lo define textualmente así: “No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos y sus bienes, y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

Es una noción indeterminada en lo atinente a su contenido sustancial, englobando en sus fines un conjunto de valores esenciales del Orden Jurídico del foro. Entre ellos figura los derechos fundamentales del hombre regulados por las convenciones internacionales y por las diversas Constituciones de los Estados.

El segmento de juristas que considera que el Orden Público es un conjunto de disposiciones, la totalidad de disposiciones se encuentran divididas en dos grandes grupos:

- Las que pueden ser descartadas por el Derecho extranjero llamado por supuesto por nuestro Derecho Internacional Privado.
- Y aquellas otras que a su vez descartan el Derecho extranjero a pesar de haber sido invocado por nuestro Derecho Internacional Privado.

Se nombra así el conjunto de disposiciones tolerantes “el Orden Público interno” y se le opone, pues, el conjunto de disposiciones inalienables como “Orden Público internacional”.

Se plantea que el Orden Público está formado por reglas imperativas de insoslayable cumplimiento, tanto las que mandan realizar una determinada conducta como las que establecen ciertas prohibiciones, al respecto Risolía consideró que esta característica de las normas es contingente para describir su contenido, así ha dicho “No es cierto que toda las leyes sean por naturaleza imperativas ni que por imperativas, todas las leyes sean, en principio de Orden Público, consecuentemente no es cierto que la autonomía de la voluntad, la extraterritorialidad de la ley y su irretroactividad, sean excepciones al imperio natural de las leyes”.

Nadie puede sustraerse ante una norma de este carácter, siendo además indiferente que el legislador la califique con ese alcance, pues su aplicación compete al Juez, una disposición de esta índole suele manifestarse con un estilo peculiar que permitir identificarla.

La mención del Derecho público comprende la constitución política las disposiciones administrativas y fiscales, en lo referente al Derecho penal se circunscribe a los delitos de acción pública no así a los de instancia privada, en lo atinente a la religión se refiere al respeto a la correspondiente a la mayoría de los habitantes de un país determinado y al decálogo ético que la rige ese respeto y tolerancia corresponde también a otros cultos practicados por la población.

Marty y Raynaud incluyen dentro del Orden Público a la moral y a las buenas costumbres que merecen la debida consideración más allá de los preceptos específicos que responden a su influjo.

Al mirar el segmento de los derechos privados, los derechos personalísimos se hallan impregnados de Orden Público, no solo porque participan del genero de los derechos humanos, sino porque suelen ser irrenunciables e imprescriptibles (el nombre, el estado civil, el sexo, en general el estatuto de la persona, en especial la capacidad). De igual forma sucede en lo concerniente al derecho de familia compromete al bien común, entrando en juego el interés general de la sociedad como es el matrimonio, régimen de los bienes conyugales, la filiación,

la adopción, de la misma forma también se explica la naturaleza que tiene la legítima en el derecho sucesorio.

En el ámbito de los derechos patrimoniales veremos que también hay muchas situaciones alcanzadas por esta figura clave. Aquí el Orden Público actúa como limitativo a la libre disponibilidad de los particulares, actuando de valladar a la libertad de la acción humana. Es pues un conjunto de preceptos prohibitivos, en ciertos créditos se aparta de la igualdad consagrandó preferencia de cobro a favor de los llamados acreedores privilegiados.

En los derechos reales el *numerus clausus* tiene un significado concreto para impedir crear otros casos fuera de los previstos del legislador.

El fundamento es histórico la reacción contra el feudalismo que permitía desmembrar el dominio de múltiples maneras.

Es pues una regla técnica que posibilita organizar en detalle la propiedad *in genere* en beneficio de la paz social y de la seguridad jurídica, asimismo, en ocasiones llega a restringir el dominio.

Los actos jurídicos disponen de precepto regulador para afinar su armonía en los casos concretos Artículo 140 C.C. peruano que establece de manera cerrada cuales son los elementos del mismo estableciendo un carácter muy amplio respecto de los mecanismos que deben tener los distintos instituciones del Derecho civil.

Los contratos han quedado sujetos al Orden Público por causas diversas a lo largo del tiempo, a fin de llevar a cabo determinadas políticas económicas restringiendo la autonomía de la voluntad. Es tan abundante la intervención del Estado en los negocios que se plantea la existencia de un “Orden Público económico” tal como lo propone el jurista francés Farjat.

El derecho del trabajo también se halla atrapado en el Orden Público.

Es decir, se resguardan, el Derecho público, el Derecho penal, del culto religioso, de la moral, y las buenas costumbres, además de existir causas técnicas, económicas, políticas y otras vinculadas al bien común, pueden ser de dirección o de protección.

El jurista Miaja de la Muela enfatiza la imposibilidad de conceptuar a priori el Orden Público en los conflictos de leyes, por ser variables las concepciones en cuanto a la naturaleza y su contenido. El concepto tiene siempre una grave imprecisión genérica que no permite su traducción en norma legislativa debido a que es una materia que finalmente debe apreciar el Juez que conoce el caso, siendo su esencia por naturaleza variable dependiente de los principios dominantes en cada nación y dentro de cada periodo histórico.

El jurista A. Herrera Rubio<sup>202</sup> sin entender adecuadamente la naturaleza del Orden Público plantea el siguiente concepto “la exclusión que la ley territorial hace de la ley extranjera, referida a los extranjeros, se llama Orden Público Internacional”.

El Orden Público reflejaría todo este abigarrado sistema de pretensiones:

- 1) Representa una reserva que se hace en defensa de lo general frente a lo particular, de lo social frente a lo individual.
- 2) Implica una aplicación social del derecho ante peligrosos desviacionismos egoístas de los sujetos jurídicos.
- 3) Posee el carácter dual, híbrido, que encierra la expresión Derecho Internacional Privado y con ella confirma una pretensión internacionalista y la existencia de una plataforma estatal desde la cual se juzga el fenómeno internacional.

Si bien no es factible pronunciarse por un auténtico Orden Público Internacional, no es menos cierto que en el Orden Público se acciona movido por concepciones y necesidades que se estiman como de alto rango lo

---

<sup>202</sup> HERRERA RUBIO A. “Derecho Internacional Privado”. Edición de 1896. Pág. 222.

suficientemente importantes como para suspender la aplicación de una norma de colisión.

Hay que señalar que el término internacional se expresa esa jerarquía de modo que lo internacional no revocaría el canon que sirve de modelo para la valoración, sino el que la norma territorial que se defendía debe valer no solo en el “foro doméstico” sino que inclusive debe imponerse en el juego de las leyes de diversos estados.

Mariano Aguilar Navarro<sup>203</sup> expresa que se inclina por usar el término “Orden Público en el Derecho Internacional Privado”.

Y afirma “el Orden Público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y con especial intensidad como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico”.

De este modo nos vemos en la necesidad de acudir a situar dentro del Sistema del Derecho internacional privado la concepción de Orden Público. En la doctrina española se encuadra dentro lo que se denomina los problemas generales.

En los juristas De Castro y Goldschmidt es una parte de la denominada individualización de la norma de colisión y de su puesta en práctica la misma concepción aparece en Ago y Maury.

Hay un sector de la doctrina que ubica el Orden Público como uno de los principios que contribuyen a definir el concepto mismo del Derecho Internacional Privado.

---

<sup>203</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Universidad complutense. Madrid, España. Pág. 41.

Fernández Prida y Conde y Luque hacen del Orden Público un postulado, una máxima que se integra en el concepto mismo del sistema conflictual.

El legislador al legislar puede tener en cuenta consideraciones de Orden Público –Al efecto Sperdutti ha diferenciado entre principios y leyes de Orden Público al igual que Ago para quien es esencial no confundir principios con preceptos o normas– que son las que deciden a favor de una determinada conexión.

Sin embargo, en este caso tenemos los intereses puestos en juego por las sociedades anónimas puede determinar coincidencia entre sede administrativa y ley de la incorporación.

Debe tenerse presente la intervención casuística de Orden Público mediante su invocación por el juez tardíamente.

La Sentencia del Tribunal Supremo español de 15 de abril de 1956 en su considerando procede a definir el Orden Público como formado por “aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

Se dice que hay que distinguir entre la extensión justificada y la injustificada de la noción de Orden Público internacional.

En cuanto a las orientaciones de extensión justificada se puede señalar a la cláusula de reserva –que plantea a Zitelman– toda norma de Derecho internacional privado contiene expresa o tácitamente una cláusula de reserva como excepción a la regla formulada por la del Orden Público internacional. Si la cláusula de reserva es expresa, impone la aplicación a posteriori del Orden Público internacional. Si la cláusula de reserva es tácita el problema de la aplicación a priori o a posteriori, queda sin resolver. Sin embargo, el Orden Público internacional como excepción que es, requiere su aplicación a posteriori. La situación sería diferente si la cláusula fuese formulada



expresamente a favor de la aplicación a priori. Existen cláusulas de reserva expresas en el artículo 14 inciso 2 del C.C. argentino y en los artículos 4 de los Protocolos adicionales de los dos grupos de convenios de Montevideo.

También encontramos normas de Derecho privado nacional que expresamente se adjudican efectos extraterritoriales, denominamos estas normas como “normas rígidas expresas” o “normas expresas de Orden Público internacional” otros hablan de normas ius privatistas de aplicación inmediata o de normas expresas materiales de Derecho Internacional Privado.

Si se distingue extraterritorialidad activa; tenemos la del derecho peruano sobre el extranjero y extraterritorialidad pasiva: la del derecho extranjero sobre nuestro derecho; las normas rígidas tienen una extraterritorialidad activa. Un matrimonio celebrado en el extranjero se rige, por ejemplo, en principio en materia de su validez por el Derecho extranjero del lugar de su celebración artículo 2063 del Código Civil de 1984 sin embargo se aplican como normas rígidas peruanas los artículos 2049, 2050 y 2104 inciso 7 del mismo Código Civil.

Las normas rígidas a su vez pueden ser de dos clases: sustitutivas de las normas extranjeras o aditivas con respecto a ellas.

Las normas rígidas expresas, en realidad pueden sustituir a las normas extranjeras normalmente aplicables. En este supuesto las normas rígidas se aplican inmediatamente (a priori) tanto si las normas extranjeras fuesen más benignas que las normas rígidas como si las normas extranjeras fuesen más severas.

Debemos suponer un matrimonio celebrado en Suiza entre un tío y su sobrina a los impedimentos se aplica exclusivamente el artículo 9 inciso 2 que no obsta a la validez del matrimonio. El Derecho peruano desplaza al Derecho suizo en materia de impedimentos y así no llega a nuestro conocimiento el hecho de que el Derecho suizo más severo que nosotros, prohíbe el matrimonio entre parientes en tercer grado colateral.

Las normas rígidas propias podrían tener un efecto aditivo, en el sentido que el caso las normas de Derecho extranjero son mas rígidas que las normas del Estado nacional se plantearía si debemos aplicarlos a pesar de ser contrarios al Orden Público y en el caso del tío y sobrina suizos planteando los artículos 2 y 9 se deberían aplicar el dirimente suizo pues no objecciona para nada el Orden Público no sería igual si sería sobre la determinación del color en un matrimonio los cual infringiría el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo que finalmente se recomienda que las normas rígidas se apliquen aditivamente.

De otro lado se debe establecer que se debe discriminar entre un principio fundamento de norma y un principio básico de una parte del ordenamiento normativo el principio del *numerus clausus* de las sociedades comerciales es verbigracia un principio básico de un grupo de normas, pero no sería lícito adjudicarle categoría de ser un principio del ordenamiento normativo. Con lo cual se puede decir que en nuestro sistema jurídico el legislador no tiene inconvenientes en admitir sociedades de tipos desconocidos. Los principios básicos del ordenamiento jurídico implican su aplicación a posteriori.

Se dan algunas dudas de si después del rechazo de una regla extranjera por el principio propio es el caso de la desheredación sin causa justa a un descendiente que según nuestro sistema debería seguirse conforme a nuestro sistema jurídico a fin de respetar de manera más fiel la voluntad del testador como un principio general.

El Orden Público internacional se establece en tres direcciones extensivas no admisibles; la primera se refiere a incorporar en el Orden Público internacional las normas de Derecho Público de esta manera una ley de efecto territorial –Derecho Público– termina teniendo efectos extraterritoriales –Orden Público internacional– siendo que en ambos casos de la hipótesis la aplicación de la norma es inmediata, o sea a priori.

Se plantea que si en un país se prohíbe el pago en moneda extranjera, esta sería una prohibición de Derecho Monetario Público lo que nos lleva a una

aplicación inmediata; sin embargo es territorial pues solo se da en el país donde se realiza el pago no así en el Estado extranjero donde se hace el pago, con lo se tendría establecer que cabe que la misma tenga explicación extraterritorialidad activa lo cual nos pone en la situación de que por aplicación inmediata el Derecho Público es de esta índole sin embargo no puede y no debe ser asimilado al Orden Público Internacional.

La segunda arista es la extensión no admisible del Orden Público internacional, es establecer la existencia de normas rígidas de Derecho privado tácitas.

El Orden Público interno<sup>204</sup> se constituye por el conjunto de normas de Derecho privado que no pueden ser abolidas por la autonomía jusprivatista de las partes –artículo 2050 del Código Civil– sin embargo, pueden ser desplazadas por el Derecho extranjero declarado aplicable por el Derecho Internacional Privado. Incluyendo el Orden Público interno en el internacional al primero se le establece extraterritorialidad activa siendo sin embargo el Orden Público interno es a lo sumo un principio subyacente.

Se puede decir que la herencia forzosa es de Orden Público interno el testador no puede válidamente infringirlas sin embargo ellas no son de Orden Público internacional solo sus principios si resultan básicos del ordenamiento normativo nuestro puede tener esa cualidad.

Resulta que la mayor parte de las jurisprudencias de casi todos los países parte erradamente de creer en normas jusprivatistas no previstas, con lo que se hace inoficioso la extraterritorialidad pasiva.

Finalmente una tercera confusión es respecto a la existencia de las normas materiales del Derecho Internacional Privado. Las únicas normas materiales de Derecho Internacional Privado son las normas rígidas expresas de Derecho

---

<sup>204</sup> Resulta que en realidad el Orden Público es una institución del Derecho que no tiene mayor incidencia sino en el desarrollo de los más importantes planteamientos que puedan significar un mayor desarrollo de las limitaciones que deben esgrimir cuando estamos frente a una regla o norma jurídica que no se puede efectuar sin mayor requisito que se pueda establecer una mejor distribución del Derecho.

privado que al formar parte del Orden Público Internacional está dentro del Derecho Internacional Privado mismo. Sin embargo, si en el Derecho privado aparecen normas directas con elementos extranjeros –normas de extranjería– no serían de Derecho Internacional Privado sino de Derecho Privado, lo contrario sería que estas normas serían de Derecho Internacional Privado y serían aplicable a priori como las reglas de Derecho Internacional Privado. Pero como son de Derecho Privado solo deberán actuar si las normas de Derecho Internacional Privado las indican como aplicables.

Será aplicable el artículo 2049 de nuestro Derecho nacional tal si nuestra regla de conflictos permite la aplicación del Derecho sino podría ser así debe separar el problema cuando se pretende identificar cuales son las leyes de Orden Público en el foro la cuestión queda en nebulosa se plantea que son las “normas fundamentales” “principios básicos” “leyes que concierne a la comunidad” “leyes vinculadas a los esenciales intereses de un país” ciertos principios de derecho” etc., siendo realmente el problema el describir cuáles son esas leyes o esos principios –que estarán reflejados en alguna ley y en tal caso identificar esta– así la doctrina y la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tampoco lo pudieron hacer.

En Italia, Fiore consideraba leyes de Orden Público a las leyes políticas administrativas, leyes de Derecho Público, leyes penales, leyes de responsabilidad civil, leyes sobre ejecución forzosa –procedimiento civil, quiebra, etc.– leyes de crédito público, leyes sobre régimen mobiliario e inmobiliario, leyes de publicidad de actos en interés de tercero, leyes fiscales.

CATELLANI<sup>205</sup> prescribía que en el Orden Público se ubicaban: leyes morales, leyes políticas –organización del Estado, leyes administrativas, leyes de Derecho público en general incluyendo las penales y procesales– leyes económicas, las leyes registrales, las reguladoras de derechos y actividades económicas de las personas jurídicas.

---

<sup>205</sup> CATELLANI. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 181.

Antonio Sánchez Bustamante y Sirven indicaba que eran de Orden Público: el Derecho Internacional Privado, el Derecho político, administrativo, penal y procesal también algunas leyes civiles y comerciales por razones morales –impedimentos para el matrimonio contratos con causa ilícita– políticas y jurídicas.

Antoine PILLET <sup>206</sup> en Francia estableció su clasificación en: Leyes de Orden Público (Derecho Constitucional, administrativo, derecho de la nacionalidad); leyes sobre la Seguridad de las personas (penal, responsabilidad civil); leyes sobre la propiedad, de crédito público, leyes procesales de obligatorio cumplimiento; leyes fiscales; leyes morales; leyes respecto al orden.

Estas clasificaciones tienen en común muchas críticas se menciona, por ejemplo, que el Derecho constitucional y el Derecho penal se componen de reglas que son de carácter territorial lo que hace muy difícil realizar su derogación por mérito del Orden Público y además que de otro lado no pueden ser derogadas por una norma extranjera en detrimento de normas materiales del foro.

Desde 1893 hasta 1904, considerada la primera etapa de la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado se orientó a tratar de encontrar una enumeración de las reglas que componen el Orden Público y luego abandonó tal orientación en el proyecto de Convención sobre sucesiones en sus actas sobre la Conferencia de 1894 precisaba textualmente “No obstante los artículos precedentes, los tribunales de un país prescindirán de las leyes extranjeras en los casos en que su aplicación signifique un quebranto para el Derecho Público del país o para aquellas de sus leyes referentes a las sustituciones o fideicomisos –Trust–, a la capacidad de los establecimientos de utilidad pública a la libertad e igualdad de las personas, a la libertad de instituir heredero. A las causas de indignidad aplicables a herederos y legatarios, a la unidad del matrimonio y a los derechos de los hijos ilegítimos” que sin embargo no fue tomada en cuenta por los asistentes.

---

<sup>206</sup> PILLET, Antoine. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 191.

En la conferencia de La Haya de 1894 efectuado el acuerdo sobre el derecho de sucesiones para que este rigiese por la ley nacional del difunto, se intentó precisar las excepciones a este principio en virtud del Orden Público.

Es en esta materia concreta una lista de materias efectuadas por la Delegación alemana no pudo ser aceptadas lo que hizo que Holanda pidiese que cada país fijase por una ley las materias en las que por el Orden Público, la ley nacional fuera inaplicable.

En 1900 al darse la tercera conferencia, los Países Bajos planteó un nuevo método partiendo del presupuesto de que no existe un Orden Público igual a varios Estados.

El proyecto de 1900 sobre Sucesiones en el artículo 8 señala “No obstante los artículos precedentes, la ley nacional del difunto no será aplicada cuando por su naturaleza signifique un quebranto en el país donde se la deba aplicar, bien para las leyes imperativas, bien para las leyes prohibitivas, que establezcan o garanticen un derecho o un interés social, y que por una disposición expresa hayan sido declarados aplicables a las sucesiones, a las donaciones por causa de muerte y a los testamentos de los extranjeros. Queda igualmente reservada la aplicación de las leyes territoriales que tengan por objeto impedir la división de las propiedades rurales. Los Estados contratantes se obligan a comunicarse las leyes prohibitivas o imperativas, respecto de las cuales tengan que hacer uso de la facultad estipulada en el párrafo primero, así como también las leyes territoriales de que se ocupa el párrafo segundo”.

En 1904 se propuso<sup>207</sup> que la lista fuese redactada por los gobiernos, se sustituyó la anterior legislación en la fórmula del artículo 6.2 que textualmente dice: “En cada Estado queda igualmente reservada la aplicación de las leyes del mismo, de naturaleza imperativa o prohibitiva, referentes a las materias

---

<sup>207</sup> Este planteamiento sirvió para demostrar que los mismos países prefieren dejar en libertad a sus operadores jurídicos para elaborar el Orden Público.

que serán indicadas de común acuerdo por los Estados contratantes en un Protocolo adicional, que será ratificado al mismo tiempo que el presente convenio”.

En la Segunda Etapa que se considera por algunos juristas que va desde 1925 (se renunció a todo intento enumerativo) hasta 1928, se deja de lado la enumeración, el artículo 2 del Proyecto del Convenio de 1925 prescribe “En la medida en que la aplicación de una disposición de la ley nacional del difunto sea manifiestamente incompatible con los principios del Orden Público reconocidos en uno de los Estados contratantes, podrá quedar excluida o ser excepcionalmente reemplazada por la aplicación de la ley territorial”. Esta fórmula se conserva en las convenciones adoptadas a partir de 1955.

Los que están en contra de enumerar las reglas de Orden Público aducen que no se puede hacer a priori debido a que esencialmente es relativo.

El Instituto de Derecho Internacional rechazó en 1910 una lista de casos de Orden Público contenida en la ponencia de Fiore y Wiess aceptándose la ponencia de RENAULT, quien conceptuó su voto así: “El instituto expresa el voto de que, para evitar la incertidumbre a que se preste la arbitrariedad del Juez, y compromete por eso mismo el interés de los particulares, cada legislación determine con toda la precisión posible aquellas de sus disposiciones que no serán jamás descartadas por una ley extranjera, aunque esta se precie competente para regular la relación de derecho en cuestión. Es especialmente deseable que cada convenio de Derecho Internacional Privado precise los puntos sobre los cuales, en cada país contratante, una disposición considerada como de Orden Público puede frustrar los principios mismos del convenio” manifestado por NIBOYET PAUL<sup>208</sup>.

A continuación NIBOYET explica que la excepción de Orden Público es función de lugar, pues es de carácter estrictamente nacional y es función de la época, es actual, por lo que es una noción variable y cambiante según el país y el momento histórico del país.

---

<sup>208</sup> NIBOYET, Jean Paul. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Págs. 542 a 544.

Así, por el lugar, el divorcio es de Orden Público en Irlanda y no lo es en Dinamarca y Francia. En lo referente a la época una noción que puede aparecer en un tiempo con absoluta vigencia y luego desaparecer como una institución, es el caso del divorcio que en Francia no fue de Orden Público el divorcio desde la introducción que hizo la Revolución en el siglo XVIII, pero pasó a serlo entre 1816 y 1884 en que estuvo prohibido. En España fue de Orden Público hasta la Constitución de 1931 dejó de serlo hasta 1938 en que volvió a tener el carácter anterior y luego fue reintroducido en 1981 en lo que podría llamarse la actualidad.

El instituto de Droit International en 1910 rechazó el planteamiento de FIORE y WEISS sobre la enumeración y aprobó en cambio la propuesta del Francés RENAULT en el sentido siguiente: “El instituto expresa el deseo de que, para evitar la incertidumbre que se presta el arbitrio del Juez y el perjuicio que pudiera resultar para el interés de los particulares cada legislación determine, con la mayor precisión posible aquellas de sus disposiciones cuya aplicación no será nunca suspendida por la intervención de una ley extranjera, aun en el caso de que esta fuese competente para regir la relación jurídica de que se trate sería conveniente que cada convenio de Derecho Internacional Privado precisara los puntos, acerca de los cuales, una disposición considerada como de Orden Público en cada país contratante pudiera desvirtuar los principios mismos del convenio”.

El intento de clasificar las leyes de Orden Público con valor internacional resultó vano por la intervención de la realidad, depende entonces de cada Estado y cada etapa de la vida del mismo. Lo que denominamos Orden Público Internacional resulta siendo establecido por la legislación interna de los estados, es decir, se trata de un Orden Público nacional, por lo que se podría afirmar que existe un Orden Público peruano, uno argentino, etc.

Resulta siendo un mecanismo nacional usado en las relaciones privadas internacionales –con elemento extranjero– y que además se levanta *erga omnes* actúa frente a todas las leyes de todos los Estados.



## CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO

Ante lo señalado líneas arriba podemos afirmar y debemos convenir que existen dos concepciones en materia del Orden Público: El Orden Público<sup>209</sup> como noción excepcional o remedio, y el Orden Público como noción o concepto normal.

Niboyet señala que no es posible enumerar a priori las leyes de Orden Público, puesto que guardan relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación; sin embargo señalaremos un orden como referencia:

Las leyes que son de Orden Público.

Las leyes atinentes a la seguridad de las personas.

Las leyes de la propiedad sobre los casos y/o derechos.

Las leyes sobre el crédito público.

Las leyes procesales que son de inexcusables cumplimiento.

Las leyes fiscales.

Las leyes morales.

Normas de carácter prohibitivo propias de un determinado país.

Debe precisarse que la noción de Orden Público es fundamentalmente nacional ya que cada país tiene su propia concepción del Orden Público, por lo cual una determinada institución puede quebrantar el Orden Público de su país pero no el de otro.

**PILLET** <sup>210</sup>, enumera 8 categorías:

- 1) Las leyes de Orden Público.
- 2) Las leyes referentes a la seguridad de las personas.
- 3) Las leyes acerca de la propiedad.
- 4) Las leyes de crédito público.

---

<sup>209</sup> Hablar del Orden Público constituye el principal obstáculo para llegar a conocer de qué se trata cuando se busca perfilar los distintos criterios que ordenan el referido concepto.

<sup>210</sup> PILLET, Antoine. "Principios de Derecho Internacional Privado". Pág. 79.

- 5) Las leyes procesales de ineludible cumplimiento.
- 6) Las leyes fiscales.
- 7) Las leyes morales.
- 8) Las leyes referentes al orden.

DESPAGNET en sus precisiones enumera cuáles son las leyes que constituyen Orden Público:

- 1. Las leyes que cristalizan principios uniformes a todos los países civilizados.
- 2. Las que cristalizan principios uniformes en varios Estados.
- 3. Aquellas normas de carácter prohibitivo propias de un determinado país.

Pero no es jurídico enumerar los casos de Orden Público, por cuanto es una noción difícil de precisar y encasillar en casos taxativamente enumerados.

NIBOYET señala “no es posible enumerar a priori las leyes de Orden Público, puesto que guardan relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación”.

## **ORDEN PÚBLICO TERRITORIAL**

Al respecto la relevancia es planteada por J. Fernández Prida. Y A. Herrero Rubio ha determinado la relevancia de la ley territorial es lo que impulsó a Trias Giro y a Trias de Bess a proponer otro término para el jurista Trias de Bess<sup>211</sup> al señalar que es preferible hablar de Orden Público territorial que de Orden Público internacional pues con la primera expresión queda perfectamente esclarecida la misión del principio que no es otra que la preeminencia de una ley con relación al territorio y frente por tanto a las leyes extranjeras al territorio. Al otro lado aparece otra vez Conde y Luque<sup>212</sup> que planteó la defensa del vocablo usado comúnmente estableciendo que es bueno e irremplazable al efecto y planteó los siguientes argumentos:

- 1. Pues ciertamente su desconsideración provoca un “gran desorden” donde la ley extranjera violenta los principios esenciales de la comunidad.

<sup>211</sup> TRIAS DE BESS. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 52.

<sup>212</sup> CONDE y LUQUE. “Oficios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 207.

2. Por la necesidad de elegir alguno.
3. En cuanto que es exacto que existe la distinción entre las leyes fundamentales que equivalen a *ordinatio rationis ad Bonum publicum promulgata*.

## ASPECTO DE FUNCIÓN

Aunque hay acuerdo sobre la función del Orden Público de frenar en determinadas hipótesis Derecho extranjero en sí aplicable en virtud del propio Derecho Internacional Privado a causa de su incompatibilidad ideológica con nuestro Derecho existe una profunda discrepancia acerca de su estructura que luego continúa con miras al modo de aplicación, existiendo un segmento que señala el Orden Público como un conjunto de disposiciones y hay quienes estiman que se trata de un conjunto de principios.

Este aspecto permite apreciar cuándo se aplica y el objeto o causa jurídica dónde se lo aplica. Se dice que ningún país puede dejar de aplicar la regla extranjera sin una derogación ocasional de las reglas de conflicto previamente acordadas, así por ejemplo, un contrato que resulta válido según su propio derecho pero contrario a las Boni mores como se establece en Inglaterra no puede seguir siendo vigente para los tribunales ingleses.

Karl Von Savigny<sup>213</sup> fue el primero en determinar que las reglas de carácter absoluto e imperativo –el jus cogens– que aparecen en cualquier sistema jurídico son de dos clases.

1º.- Las establecidas en provecho de las personas que son poseedoras de derechos. Es el caso de las leyes limitativas de la edad, el sexo, o las leyes referentes a la transferencia de la propiedad. Estas leyes no pueden ser excluidas de actuación por contrato –*ius cogens privatorum pactis mutari non potest*– pues llegan a ser inaplicables, cuando de acuerdo con el Derecho Internacional Privado rige el sistema jurídico extranjero. Brocher<sup>214</sup> las ha

<sup>213</sup> SAVIGNY, Karl Von. “Sistema de Derecho Romano Actual”. Editorial Marcial Pons. España, 2005.

<sup>214</sup> BROCHER. “Nouveau Traite”. Pág. 141.

denominado a estas reglas "*lois d'ordre public interne*" cuya traducción sería "leyes de Orden Público interno". Explicando al respecto que las mismas deberán aplicarse solo cuando se aplique el derecho interno del foro.

2º.- Las leyes que descansan en motivos morales o en el "interés público", esto es cuando se refiere a la política, orden o economía política. Este grupo de reglas están determinadas para aplicarse en todas circunstancias aunque el sistema extranjero aplicable no las conozca o conceda un "alcance ilimitado a la voluntad individual".

Brocher las ha denominado a estas reglas "*lois d'ordre public internacional*" o leyes de Orden Público internacional. Las mismas que exigen su aplicación aun en la esfera del Derecho Internacional Privado del Estado que aplica.

Esta posición aparece ratificada por J. Fernández Prida<sup>215</sup> que confirma la terminología de Brocher y lo apoya en el convencimiento de que es la expresión que con menor impropiedad sirve para designar la oposición que la ley territorial manifiesta con relación a las leyes extranjeras.

Asimismo, en Herrero Rubio como Fernández Prida se señala que la ley territorial es la que excluye a la ley extranjera por no enmarcarse dentro de su propio ámbito soberano.

Savigny, menciona la existencia de "instituciones legales extranjeras cuyas existencia no se reconoce en absoluto en el Derecho alemán por lo que carece de protección de sus tribunales nacionales" es el caso de la muerte civil. El pensamiento de Savigny va a influir en el Derecho inglés y alemán pues en ambos sistemas se mantuvo la concepción que la exclusión del Derecho extranjero es una excepción a los principios esenciales del Derecho Internacional Privado.

El pensamiento del jurista italiano Pascual Estandisio Mancini difiere por cuanto este planteaba que la concepción de la exclusión del Derecho extranjero

---

<sup>215</sup> FERNÁNDEZ PRIDA J. "Derecho Internacional Privado". Pág. 222.

pertenece a uno de los principios generales del Derecho, es decir, lo consideraba no como un acto anómalo sino como deducido de los principios generales del Derecho Internacional Privado. Consiguientemente aumenta el riesgo que los tribunales consideren las leyes que difieren de las reglas obligatorias del foro como inconsistentes con el Orden Público del país en el que actúan, los tribunales franceses van lejos de permitir al permitir la actuación del Orden Público.

Su naturaleza excepcional hace que el Orden Público tenga una función limitada y negativa. Limitada porque entra en juego cuando un interés esencial lo reclama y una regla prohibitiva y rigurosamente obligatoria lo impone; y negativa porque consiste en cerrar el paso a la ley extranjera que resulta aplicable siempre que aquella comunidad se interrumpa como lo ha señalado una frase de Niboyet cuando falte un “minimun de equivalencia jurídica” entre las legislaciones o como también a renglón seguido explica “como si diese la vuelta a un conmutador eléctrico que cortara la corriente y apagase la luz”.

Supone el Orden Público internacional que a una determinada relación jurídica deberá aplicársele en cumplimiento de la norma de Derecho Internacional Privado del propio Juez una ley extranjera la misma que no es aplicada debido a que es contraria a los principios de la comunidad de Derecho entre los estados en la concepción del legislador territorial los concibe y mediante la excepción de Orden Público los hace imperativamente valer.

Su función social y legal le está reservada a la institución en atención a la siguiente manera de entender:

- 1) El problema del tráfico externo.
- 2) La naturaleza del Derecho extranjero.
- 3) Las modalidades y justificación que presenta la remisión al Derecho material extranjero.

Gestoso Tudela busca darle una concretización adecuada de la noción savigniana de la institución desconocida es decir el “Orden Público” coincide con Trias de Bes son parte de la necesidad de adoptar una posición frente a los temas suscitados por las codificaciones y el positivismo hegemónico en el Derecho Internacional Privado y que según este último autor son necesarios para lograr la participación de las explicaciones dadas en la doctrina anglosajona.

Garde Castillo<sup>216</sup> trata de limitar reduciéndolo a una fórmula precisa el Orden Público igual planteamiento aparece en Conde y Luque que no es otra cosa que continuar las teorías de Khan que señala una preocupación normativa y positivista y Bartin relacionó el Orden Público con los distintos círculos de civilización y con la gran comunidad occidental.

Es necesario abrir camino y en lo esencial es conocer el régimen jurídico dado a los actos de tráfico externo.

La necesidad de una inmediata posibilidad de limitar el Orden Público de situarle armónicamente sin destruir la acción de los otros principios es pues la explicación como excepción o principio general.

Mariano Aguilar Navarro<sup>217</sup> ha definido así: “El Orden Público no es ya una cláusula de reserva, defensiva y estáticamente entendida; es una visión dinámica y ofensiva que apoyándose en la noción del abuso del Derecho, permite, por propio medio corregir la gran injusticia que puede encerrarse en la vaga fórmula del precepto en la literal naturaleza del artículo”.

Este mismo autor considera la orden como un correctivo funcional<sup>218</sup> en el que se manifiestan aspectos diversos del Derecho Internacional.

---

<sup>216</sup> GARDE CASTILLO. “La institución desconocida del Derecho Internacional Privado”. Pág. 281.

<sup>217</sup> ÁGUILAR NAVARRO, Mariano. “El Orden Público en el Derecho Internacional Privado”. RED I Vol. VI. 1953. Pág. 38.

<sup>218</sup> ÁGUILAR NAVARRO, Mariano. “Derecho Internacional Privado”. 3ª edición. Pág. 215.

En este sentido también aparece CARRILLO SALCEDO<sup>219</sup> que señala “la función del Orden Público debe ser la de proteger nuestras instituciones jurídicas fundamentales en aquellas hipótesis excepcionales en las que la coordinación de ordenamientos no es viable, porque ninguna equivalencia ni ajuste es posible entre la institución extranjera y la nacional, pero no debiera de ser fácil y cómodo instrumento que solo persigue evitar la aplicación del derecho extranjero” con lo cual se da que el Orden Público Internacional aparecería como universal y supranacional estableciendo el Orden Público derivado de principios y normas que deben ser observados por todos los Estados o sea consecuencia de normas del Derecho Internacional público general y convencional.

RUILOBA SANTANA<sup>220</sup> establece la diferenciación entre la noción clásica del Orden Público que conserva toda su validez, y las llamadas reglas de aplicación inmediata del Derecho interno”.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J.A. a propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971 en Revista General de Legislación y Jurisprudencia Diciembre 1971, págs. 882-898 señala que la atenuación del Orden Público, es a partir de 1970 en que se enfocó el problema como de Orden Público interno y no internacional.

LASALA LLANAS<sup>221</sup> señala la clasificación de disposiciones prohibitivas como las que garantizan el interés de terceros, las reglas esencialmente económicas, las de vital interés jurídico-político, las prescripciones generales fundamentalmente jurídicas y las que inspiran en motivos de carácter religioso o tocante a la moral y a las buenas costumbres.

DE BUEN señala que la aplicación de leyes extranjeras “no la hace ningún pueblo sin condiciones, puesto que ninguno admite, dentro de su territorio, la

---

<sup>219</sup> CARRILLO SALCEDO, Antonio. “Derecho internacional Privado”. 2ª edición. Madrid. Pág. 330.

<sup>220</sup> RUILOBA, Santana. “Sobre el concepto y delimitación del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”. Rev. Gen. De Legislación y jurisprudencia junio 1974. Pág. 655.

<sup>221</sup> LASALA LLANA. “Sistema español de Derecho Civil Internacional e interregional”. Madrid, 1933. Pág. 39.

vigencia de preceptos extraños que se opongan a sus leyes o a sus costumbres fundamentales”.

PEREZ ALGUER lo concibe como “la exclusión del Derecho extranjero siempre que su aplicación sea inconciliable con el sentido y el espíritu del orden jurídico propio inclinándose porque “en materia de leyes relativas a las personas, la salvedad de Orden Público debe interpretarse en sentido más restrictivo que en materia de actos y bienes”.

CASTÁN TOBEÑAS plantea respecto al derecho español “en el derecho patrio la excepción de que se trata (Orden Público) está contenida en los artículos 8 y 11, párrafo 3º del c.c.”. Texto anterior a la reforma de 1974.

MARTÍN-BALLESTERO COSTA se plantea el problema de determinar “(...) cuales son las leyes que tiene el carácter de policía o de seguridad pública; cual es propiamente la excepción de Orden Público y a que se refiere este (...)” advirtiendo cierta imprecisión en el artículo 12.3 del a.C.

PUIG PEÑA refiere un Orden Público material –artículo 8 del a.C.– y un orden público cultural –artículo 12-3 del a.C.– este ultimo al referir la diversidad cultural que genera instituciones jurídicas y normas diametralmente incompatibles, no pudiendo decirse lo mismo del artículo 8 y la excepción de Orden Público internacional pues se da trata “de una paralización de la norma extranjera por altas razones de principios”, siendo que para que haya paralización resulta necesario una norma de conflicto que establezca la aplicación de un derecho extranjero y es claro que el artículo 8 del a.C. no establece según lo señala TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J.A. “El Derecho Internacional Privado en el pensamiento de la doctrina civilista española contemporánea” <sup>222</sup>.

El Orden Público acusa la autoritas que estimula, acciona y protege el Derecho positivo pero también es un exponente de la justicia material (WENGLER,

---

<sup>222</sup> ORTIZ DE LA TORRE, Tomas. “El Derecho Internacional Privado”. Págs. 57-60.



VON HECK) y de la necesaria cohesión y unidad de cada sistema jurídico. Además de todos los rasgos de carácter objetivo sin embargo de otro lado tenemos dimensiones sumamente subjetivos. Y se presente cuando se plantea que las situaciones jurídicas se diferencian de distintas maneras en virtud de los hechos que inciden directamente en la condición de la persona afectada.

El jurista VALERY ha señalado como precedente que para juzgar y aplicar el principio del Orden Público hay que tener en consideración la condición pero de otro lado también la situación de las personas interesadas.

F. De Castro<sup>223</sup> ubica la acción del Orden Público en un doble plano:

- 1) Artificialmente se limita la situación de hecho para excluir la consideración jurídica que pudiera aportar un elemento extranjero.
- 2) No se abandona la regulación del supuesto de hecho al Derecho extranjero en determinados casos.

Esto implica que existe una alteración del significado del efecto positivo del Orden Público y además no ser muy claro respecto a la diferenciación que existe entre territorialidad y Orden Público lo cual implica olvidarse del efecto positivo que se explica por la aplicación excepcional de la ley del foro en razón de la invocación del Orden Público se podría decir que esta propuesta solo es atendible en virtud del doble plano en el Orden Público: el legislativo y el judicial.

El Orden Público tiene su fundamento en el instante en que se personaliza la norma de colisión al establecerse la calificación, el concepto de conexión el carácter no artificial de la conexión y resuelto el reenvío quedamos situados ante la norma material extranjera designada como aplicable.

En lo referente a la consecuencia jurídica es manifiesta la diferencia de rango entre derecho extranjero en relación con la del foro y es que primero debe pasar por un control suplementario –el Orden Público– y por lo tanto sujetarse

---

<sup>223</sup> DE CASTRO F. “Derecho Civil Español”. Pág. 590.

a un sistema procesal distinto del que vale cuando es la ley del foro la llamada a aplicarse.

La invocación al Orden Público un medio para lograr la aplicación del derecho propio, y permitiendo su interpretación como conjunto de disposiciones inclusive omitir el examen del Derecho Internacional propio y caracterizándose, por último, la jurisprudencia por el incontenible anhelo de aplicar simple y llanamente a cualquier caso el derecho propio, no causando para nada asombro conocer que el Orden Público concebido como conjunto de disposiciones constituye la panacea que más acogen los tribunales.

La jurisprudencia reputa por ejemplo como de Orden Público las disposiciones sobre la legítima forzosa de los descendientes en el caso de existir herederos forzosos en el Perú. También se considera como violatorio del Orden Público el testamento recíproco.

También hay jurisprudencia que considera plazos prescriptorios liberatorios más largos que los peruanos como violatorios del Orden Público. También sucede en el caso de la invocación del matrimonio celebrado ante un Registro de estado civil incompetente. En resumidas cuentas el Orden Público internacional tiene por función defender los valores del derecho propio contra el derecho extranjero que en sí resulta aplicable según las normas del Derecho Internacional Privado. Puede resultar que se considere aplicable el derecho propio referente a determinados temas (aplicación apriorística), aunque puede ser también que se examine previamente al derecho extranjero desde el punto de vista de su compatibilidad con los valores del derecho nacional, rechazando al primero y aplicando el segundo cuando en el supuesto de darse incompatibilidad (aplicación a posteriori). Sin embargo en ambos casos el Orden Público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero.

Si la norma de Derecho Internacional Privado determina la aplicación del derecho nacional propio –por ejemplo el artículo del C.C. del Perú– el fundamento de esta regla no es el Orden Público internacional que desplaza

como inferior el valor básico de una regla sino directamente este mismo valor. De ser el Orden Público internacional una excepción ha de ser interpretado restrictivamente.

Otro tanto se ha hecho al señalar y describir la acción defensiva encomendada al Orden Público; puede darse la oportunidad de pensar en la naturaleza de ruptura que produce la especialidad de la norma extranjera excluida por el Orden Público.

Este planteamiento podemos hallarlo en MEZGER<sup>224</sup> que clasificó las leyes de la siguiente forma: leyes manifiestamente injustas, leyes nocivas y leyes hostiles.

**Leyes manifiestamente injustas;** cuando se da un atentado a los fundamentos mismos del ordenamiento del foro como el choque con las ideas básicas con el derecho natural.

**Leyes nocivas;** se produciría una desarmonía por el efecto perturbador que en el orden social y político del foro produciría la aplicación de la norma extranjera.

**Leyes hostiles;** se recogen algunos aspectos de la recusación de las leyes políticas y públicas extranjeras.

MAURY<sup>225</sup> señala que la anterior clasificación es importante por que consistía en valorar sus consecuencias a efectos de la necesaria vinculación de la ley extranjera con el ordenamiento del Foro. Es una manera de introducir la teoría alemana de la *inlansbeziehung*. Hay supuestos en los que no es necesario que el foro esté directamente implicado, en otros se requiere una intensa vinculación y en ocasiones la conexión se da por el simple hecho de la intervención judicial.

Desde la arista de la realización vital de la norma, el Foro puede pasar por las siguientes situaciones:

---

<sup>224</sup> MEZGER. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 171.

<sup>225</sup> MAURY. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 161.

- 1) Compelido a aplicar por su propia autoritas una norma extranjera.
- 2) Llamado a reconocer unos derechos adquiridos en el extranjero de acuerdo a normas de colisión que no contradicen el sistema de colisión del foro.
- 3) Requerido para que ejecute o reconozca –nociones diferentes– una sentencia extranjera.
- 4) Para que admita la existencia de ciertos hechos extranjeros.

La acción del Orden Público se hace menos exigente a medida que hemos ido escalonando los supuestos. El Foro se halla menos llamado y afectado y su interés ha ido decreciendo y con el la necesidad de utilizar la cláusula de reserva.

La doctrina siempre está en la disyuntiva en tratar de explicar la función del Orden Público y determinar cuándo no procede la aplicación de la ley extranjera competente designada por la regla de colisión del foro.

De otro lado se debe señalar que el Orden Público es el que realiza el papel de fundamento de carácter imperativo de ciertas leyes frente a la voluntad individual y de su prevalencia sobre el Derecho extranjero extraterritorialmente aplicable y de su retroactividad, sin embargo, asistimos al hecho que se suele entender que es un valor entendido pero en realidad no es entendible, y la doctrina lo entiende como un vacío o imprecisión del concepto.

## **NATURALEZA JURÍDICA DEL ORDEN PÚBLICO**

Realizar un análisis en este extremo implica mirar hacia las estructuras filosóficas científicas del positivismo acostumbrado a efectuar respuestas desde el ámbito de la dicotomía causa-efecto como si esta en realidad sea la única forma de explicar el conocimiento aun como queda demostrado que existen extremos del conocimiento en los que no ha podido realizar mayor aporte dado sus limitaciones de origen de concepción.

Su naturaleza relativa variable y compleja ha hecho fracasar todos los intentos científicos individuales y colectivos (entre los que destaca el realizado por el

Instituto de Derecho Internacional en su reunión de París de 1910) con el fin de promover entre los legisladores la enumeración concreta y taxativa de sus respectivas normas de Orden Público.

Así se ha llegado a indicar que la inevitable imprecisión y movilidad del concepto nos hace requerir la necesidad de un criterio de valoración comparativa entre la ley extranjera y los principios esenciales para no llegar a la falta de un criterio razonable; siendo que su interpretación y su aplicación corresponderán al Juez.

Es inminentemente judicial:

- 1) porque su naturaleza no permite que suministren al juez normas precisas.
- 2) por la necesidad específica de definirlo ante el caso concreto sometido a la decisión del juez.
- 3) porque el criterio de aplicación del Orden Público Internacional puede variar según las épocas y los casos sin que ninguna modificación se produzca en el precepto del Derecho Internacional Privado que lo define.

Es inminentemente judicial.-

**1) Porque su naturaleza no permite que suministren al Juez normas precisas**

Opera a la manera de una clave del sistema que hace su eficacia para impedir su violación como instrumento de defensa social, es decir, cumple una función de velar por los valores esenciales del sistema.

Se le define también como una facultad judicial inherente al poder de policía que ejercen los jueces a los actos jurídicos (a veces a instancias del Ministerio Público) es aplicada para afianzar una concepción de la vida y del derecho predominante en la época.

Incluso se ha sostenido que el Orden Público se define por boca de los jueces en cada sentencia, da la sensación de impotencia intelectual de la doctrina para formular “a priori” su enunciado.

Se plantea iniciar este análisis disgregando los dos términos así “orden” se refiere al sistema jurídico que modela la organización social o sea, al conjunto de formas que rigen en una comunidad política, sin distinguir las ramas que la integran lo contrario sería el caos, es decir, el desorden y en cuanto “público” se usa para calificar dicho orden, cuando se halla en juego el interés general y el bien común.

Pero debe reconocerse que la suma de ambos términos responde a una acepción que expresa una dimensión muy amplia.

Debe señalarse que el derecho privado siempre está subordinado a las instituciones políticas, de allí que cualquier situación que se presente en el campo privatístico no puede comprometer o afectar a esas instituciones englobantes las que concurren prominentemente sobre los intereses particulares, es así, que si el legislador reconociese algún valor al acto realizado en violación a sus normas no es concebible que el ordenamiento tolere el germen de la propia destrucción.

Allí nace la necesidad del Orden Público para restablecer ese equilibrio. Planiol y Ripert ha señalado que el Orden Público no constituye una calidad adjetiva de ciertas normas, ni debe confundirse con la coercibilidad o imperatividad propia de todas las normas jurídicas.

DE LA ROA<sup>226</sup> señaló “que lo resulta inmovible del Orden Público, más allá de las diferencias axiológicas que pueden contener las distintas regulaciones, su naturaleza jurídica, su carácter distintivo que se le fija como la fuerza directora y reguladora del Derecho positivo; en cuya autoridad se cobijan todos los intereses que han de considerarse y en cuyo nombre se imponen las reglas jurídicas necesarias al mantenimiento de la armonía social”.

Aunque se debe señalar que la armonía social se consigue no solo con los efectos operativos del Orden Público, el fraude a la ley, la cláusula de interés nacional –*favor negotii patriae*– y la ejecución de sentencias extranjeras.

---

<sup>226</sup> DE LA ROA, Julio. “Del orden público en el Derecho positivo”. J. Menendez. Bs. As., 1926.

Estos efectos actúan como “guardianes” de la armonía social, en todos los cuatro casos existe resistencia a la aplicación de la norma nociva y en dos efectos la adaptación del Derecho foráneo –Orden Público internacional y la cláusula de interés general–, también en lo referente a la ejecución de sentencias puede ser aplicado.

La diferencia se encuentra en las diferencias axiológicas de las constituciones que se observan en la regulación de las relaciones entre los particulares y la entrada del Derecho extranjero. Sin embargo, existe un problema de calificación de algunas leyes como de Orden Público cuando en realidad no se encuentran dentro del espíritu del criterio de limitación impuesto por el interés general.

Retortillo Baquer, menciona un avance indebido del concepto resultante de la aplicación de los aspectos del “Orden Público” como en las leyes de policía, en el ámbito propio del Derecho administrativo. Problema que fue advertido también en argentina por Rueda<sup>227</sup> “Leyes calificadas erróneamente como Orden Público” refiere que los artículos 3 de la ley 11729 y 8 de la ley 11741 señala “(...) se declara a ambas (leyes) de Orden Público sin duda para imponer sus disposiciones en cuanto alteran Derechos adquiridos. Ninguna de las dos lo es, pues aunque militen acerca de ellas justificaciones de toda índole, ese carácter no depende de la simple atribución del legislador, sino de sus propias finalidades, no interesan a aquel. Este antecedente, sino acredita un propósito, acusa una tendencia y demuestra la posibilidad de emplear un medio ‘legal’ para realizar modificaciones sustanciales en la legislación o al menos para intentarlas no obstante el remedio judicial”.

Se discute la existencia de un solo Orden Público.

Existen varias posiciones sobre la naturaleza del Orden Público, pasaremos a señalar algunas de las teorías:

---

<sup>227</sup> RUEDA C. Gaceta del Foro del 07 de agosto de 1924. T. III. Año XIX N 6104. Pág. 223.

- Teoría de Pillet. Según el sistema ideado por Pillet, la ley del Orden Público tiene una competencia absolutamente normal, identificando con la noción de la ley llamada general. Es decir, las Leyes Generales y las de Orden Público son una misma cosa y se cofunden entre sí. Se le ha criticado a esta doctrina por que la noción de Orden Público es demasiado inestable para que se la pueda identificar con las leyes generales que resultaría una noción superflua, ya que la noción de Orden Público es excepcional y no de competencia normal.
- Teoría de Savigny<sup>228</sup>. Señala que la ley de Orden Público tiene una competencia excepcional y exorbitante. Establece la aplicación del Orden Público como un remedio excepcional contra su aplicación como ya se señaló, excepcional y exorbitante. El Orden Público se presenta en el creador de la escuela histórica como una excepción al principio de la “Comunidad de Derecho entre los diversos países”. Dos categorías de normas de Orden Público internacional determina Savigny:
  - 1.- Leyes Positivas rigurosamente obligatorias, de las que cita como ejemplo la poligamia, por razón moral, y la prohibición de poseer bienes inmuebles los judíos, por razón de utilidad pública.
  - 2.- Instituciones desconocidas en el país, tales como la esclavitud y la muerte civil.

Indica que existen normas dadas en relación con la persona y otras dadas para proteger el bien público. Las normas de Orden Público son imperativas. Califica el Orden Público como excepción, lo que ha producido la división de los doctrinarios.

- Teoría de Bartin. El Derecho Internacional Privado supone la existencia de un vínculo jurídico, el cual resulta de una presunción de comunidad internacional. La presunción de comunidad internacional descansa con la igualdad de la civilización de los Estados a quienes se aplica. Cuando esta

---

<sup>228</sup> SAVIGNY Fredirch Von. “Sistema de Derecho Romano actual”. T. V. Edit. Marcial Pons. Madrid, España. Pág.181.



igualdad desaparece, la presunción desaparece. Conforme a esta tesis, para la aplicación de la ley extranjera se requieren dos condiciones.

1. Que, estos Estados tengan las mismas reglas del derecho de gentes.
  2. Que exista una cierta comunidad en cuanto a sus reglas de conflicto de leyes.
- Teoría de Niboyet. Señala que el remedio del Orden Público al cual hay que recurrir en la hipótesis corriente de la vida jurídica funciona entre países que tienen la misma civilización. En cuanto a la aplicación de la ley extranjera “es preciso que entre los países exista, no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión (divorcio y otros) un mínimo de equivalencia entre las legislaciones.
  - Teoría de Fiore y Weiss. La escuela de la personalidad del Derecho sostiene que el fraude a la ley nacional del individuo es un factor de competencia universal. Pero esta fija tres excepciones a este factor de competencia: la autonomía de la voluntad, la forma de los actos jurídicos y el Orden Público.

Remarcan que el Orden Público es una excepción a la aplicación de la ley nacional.

Teoría de Niemeyer y Zitelmann<sup>229</sup>. Plantean que la legislación extranjera tiene para la ley interna un caso parecido a un “salto al vacío” puesto que no puede prever las disposiciones legales que se importarán, de allí que la regla de conflicto del magistrado se enfrenta con una reserva, que autoriza o no la aplicación del Derecho extranjero. La cláusula es de competencia especial y su finalidad consiste en resguardar los valores jurídicos del foro, por lo que puede ser propuesta por la ley mediante una cláusula general como el artículo 3 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán que señala “La aplicación de la ley extranjera queda concluida cuando sea contraria a las buenas costumbres o contraria al fin de una ley alemana”; al respecto PARDO<sup>230</sup> señala “La cláusula de reserva debe evaluarse en forma judicial, pues según las apreciaciones de KHAN, solo los magistrados se encuentran en condiciones de juzgar el concepto medio de moral y el fin de las leyes alemanas. A ellos

<sup>229</sup> NIEMEYER y ZITELMAN. “Metodo de Derecho Internacional Privado”. Leipzig. 1894. Pág. 73.

<sup>230</sup> PARDO, Alberto Juan. “Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires, Argentina, 1999. Pág. 321.

(los jueces) les corresponde examinar la relación jurídica para establecer si esta al constituirse tiene conexión con el foro, en cuyo caso se agravarían los efectos del Orden Público. La inserción de la cláusula de reserva dentro del pleno Derecho internacional privado, da lugar a estudios particulares. KHAN la califica con una norma de colisión subsidiaria, no fijando la conexión entre esta y la principal. Si por el principio de subsidiaridad, el Orden Público está subordinado a la regla de conflicto, es menester precisar la independencia y funcionamiento de ellos, para evitar la desincronización”. ZITELMANN enterado de la propuesta de KHAN señala que la cláusula de reserva es independiente de la regla indirecta, para filtrar las leyes extranjeras puestas a ser ampliadas por el Derecho interno.

Teoría de Mancini. Amplía el concepto de Orden Público, el Estado establece los poderes públicos, la función y límite de estos, las relaciones de los individuos, las prescripciones y las prohibiciones que cree necesarias. Estas disposiciones se denominan Derecho público del Estado, que recorta la libertad personal de los individuos integrantes del estado. Es el Orden Público una suma de sacrificios exigidos por el Estado a sus miembros, en beneficio de ellos mismos, por lo que “cada Estado, en virtud del derecho general de igualdad e independencia nacional, debe considerarse con el poder absoluto de conservar su Derecho público, tal como lo ha establecido y concebido” también comprende en sentido aun más amplio y comprendiendo en todo extremo los criterios sobre los “principios superiores de moral humana y social, tales como son entendidos y profesados en un país, las buenas costumbres, los derechos privados inherentes a la naturaleza humana y las libertades...” agrega el Orden

Público incluye “las instituciones incompatibles con el orden económico establecido en un sociedad”. En Mancini el Orden Público es competencia normal pues incluye normas de Derecho público, moral, buenas costumbres, derechos inherentes a la persona, las libertades fundamentales y el orden económico.

Teoría de Goldschmidt nos indica que el Orden Público tiene tres elementos formativos:

## **LA CLÁUSULA DE RESERVA.**

Es favorable al artículo 30 del C.C. alemán pero no así con el párrafo 3 del artículo 11 del C.C. español que prescribe “no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero” toda vez que esta norma abarca tanto el Orden Público interno y el internacional.

### **Las normas directas, rígidas, pertenecientes a la *lex civiles fori*.**

Son exclusivos al derecho interno del Estado y son aquellas que ordenan aplicar sus prescripciones a todos los casos de derecho privado llevados ante el juez nacional; y

### **Las normas de exportación referentes a estas últimas.**

Se dice que ningún Estado estaría preparado para ejecutar el Derecho extranjero constitucional o administrativo, particularmente el Derecho tributario o derecho penal extranjero, pero se debe anotar que estas ramas del Derecho no son objeto del Orden Público sino que su fundamento se halla en que las mismas tienen un carácter territorial.

La atribución de la reglamentación de un supuesto jurídico externo que el foro realiza a un ordenamiento extranjero –o así mismo– se lleva a cabo en Derecho Internacional Privado mediante la denominada norma de conflicto, procedimiento especial de reglamentación que no tiene por misión resolver directamente una cuestión jurídica, sino remitirse al ordenamiento que ha de proporcionar la solución.

Y ello merced a un elemento característico de este tipo de normas, la denominada Conexión, punto de conexión o factor de conexión que transforma

la relación con un determinado ordenamiento, de las personas, las cosas o los actos en un elemento de localización. La misma que es una norma formal indirecta que respecto a cada categoría de hechos o relaciones de índole jurídica designa el ordenamiento donde han de buscarse las normas materiales que directa o concretamente regulen el caso.

La Norma conflicto es pues más abstracta y alejada del caso concreto que las normas materiales. Una actitud finalista podrá aspirar a que el criterio de atribución sea un criterio de justicia material pero evidentemente el método de atribución es en sí un método de carácter formal.

Cuando se afirma que en el fondo el supuesto de hecho de la norma de conflicto es siempre una relación o situación humana cuyos elementos no se realizan en un único ordenamiento.

Se puede señalar que los puntos de conexión son expresión de una realidad social presente en el supuesto de hecho.

Se dice que al señalarse la conexión se ataca un problema legislativo a resolver en función de los intereses en presencia y de las reglas en juego.

Aparece que las relaciones o situaciones humanas siempre están expresadas en términos jurídicos mediante categorías genéricas o abstractas pues la conexión destaca el perfil instrumental y el carácter indirecto del método de atribución y toda vez la consecuencia jurídica resulta siempre indirectamente e indeterminada.

Miaja de la Muela<sup>231</sup> ha dicho “soluciones sanas a los conflictos de leyes favor negotii y respeto a los derechos adquiridos” “la constante labor de perfeccionamiento técnico de la norma de conflicto ha conducido forzosamente y so pena de contradecirse a mostrar cierta indiferencia ante los resultados en lo que no tratase de la consecuencia lógica de las propias premisas” lo cual lo

---

<sup>231</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Soluciones sanas a los conflictos de leyes favor negotii y respeto a los derechos adquiridos”. REDI. 1964. Pág. 19.

hace concluir que el método conflictual ha estado impulsado en su dinámica “más por la lógica que por las necesidades de la vida”.

Resulta unánime afirmar que la normal aplicación de la regla de conflicto lleva en muchas ocasiones a un resultado material que se tiene como insatisfactorio.

El juego ciego o el salto al vacío puede resultar aplicable un Derecho extranjero cuyas disposiciones relativas a determinadas materias no solo son diversas de la del foro o en abierta contradicción que suponen desconocimiento y negación del Derecho.

El Derecho del foro no podrá servir al propósito de establecer una relación extranacional para un resultado justo, o por lo menos de carácter indiferente a sus concepciones de justicia. Se pone en discusión los principios jurídicos, políticos económicos morales e incluso religiosos que son sentidos como absolutamente necesarios para la conservación del orden social existente dentro del territorio de su soberanía.

En ese sentido el foro dispone de medidas de seguridad cuando por razón de materia queda a priori muy claro que la aplicación del derecho reclamado en una determinada cuestión llevará a un resultado notoriamente insatisfecho, puede darse el caso que un sistema jurídico pueda optar por determinar que no procede conceder relevancia jurídica al elemento extranjero presente en la relación y tratarla como solo una relación exclusivamente interna. Sin embargo, se da el otro caso en que el elemento extranjero presente en la relación y se procede a una reglamentación internacionalizada mediante la atribución de la reglamentación a uno de los ordenamientos en presencia.

Solo si se produce una colisión entre la ley extranjera y la ley nacional en tal supuesto cabe la apelación al Orden Público para salvar el conflicto sentencia del Tribunal Supremo<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Sentencia del tribunal Supremo de 05-04-1966. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Número 1684.

La Jurisprudencia tiene un planteamiento similar que arranca de establecer un punto desde lo que significa la evidencia que “los sistemas jurídicos de los distintos países no están basados en todas sus partes en idénticas normas” la Sentencia del Tribunal supremo de 5 de abril de 1,956 se establece la posibilidad del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto puede chocar con ciertos principios que el Derecho nacional reputa intangibles dentro del territorio de su soberanía a lo que se llama la defensa de esos principios que se consideran intangibles y que constituyen lo que se llama Orden Público nacional .

### **EL ORDEN PÚBLICO EN EL SENTIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Goldschmidth señala que “el Orden Público que opera en el Derecho Internacional Privado es una institución de derecho privado” distinguiéndose del Orden Público del derecho público que a través sobre todo de leyes penales de policía y de seguridad pública, de aplicación territorial pretende garantizar la tranquila y pacífica convivencia en la sociedad nacional. Siendo este el sentido de la naturaleza del Orden Público que contemplan por ejemplo el artículo 56-1 del Tratado de Roma del 25 de marzo del 1957 que funda la Comunidad Económica europea y asimismo el artículo 11 de la Directiva 64/221C.E.E. en relación a ciudadanos de otros Estados miembros de la comunidad.

Se trata de normas que engloban distintos presupuestos de hecho inadmisibles en la conducta de las personas y que por consiguiente establecen unas sanciones y limitaciones a derechos, reconocidos incluso constitucionalmente porque debe prevalecer ante todo y ante todos el bienestar público.

La Noción del Orden Público se encuentra insumida en la propia organización institucional básica y a la norma moral, política, social y económica imperante que se consideren fundamentales en un sistema jurídico determinado. Sin embargo y pese a todas estas circunstancias, su definición es harto difícil, debido a la falta de concepción y a la mutabilidad de los conceptos en que reposa.

La doctrina imperante le reconoce al Orden Público los siguientes caracteres:

- a. Es subjetivo y a demás localista, puesto que cada país tiene su propio concepto de Orden Público
- b. Es variable y cambiante ya que su contenido evoluciona históricamente.
- c. Es una noción hasta incierta y poco precisa por lo que el acuerdo unánime acerca del principio de Orden Público de acuerdo a la doctrina persuadida cesa desde el momento que es necesario fijarla.

Estas dos últimas características dificultan a las diversas legislaciones y sistemas jurídicos precisas cuales son las leyes de Orden Público, de tal forma que, como regla general , es el Juez de la causa quien debe calificarlas como tal.

La Doctrina Peruana en esta materia es muy pobre, pero en cambio la Jurisprudencia Chilena resulta más fértil y nutrida en este campo. Se ha sostenido por ello que “es un principio de universal aplicación en el campo de las relaciones internacionales, que no es posible dar cumplimiento a los fallos que contravengan al Orden Público del país en que se pide ejecutarla, es decir, que vulneran ese concepto doctrinario que comprende a toda una gama de disposición establecida por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad o de la moral social.

En el Derecho Internacional Privado el Orden Público constituye un límite obvio para aplicar la ley extranjera. En tal razón se le ha denominado “Cláusula de Reserva”, ya que la norma de conflicto es un salto al vacío que debe hacerse tomando los debidos resguardos para proteger las leyes fundamentales del foro”.

Por ello las normas de la Ley extranjera aplicables a un caso Sub-Litis que resulten aplicables no son conocidas y pueden contener particularidades muy distintas a las que primitivamente pudo tener en cuenta el legislador, que indicó como más justa esa legislación para resolver el caso. Todo ello obliga a tomar medidas de garantía y explicar que en el fondo de toda norma de Derecho

Internacional Privado se halla implícita una cláusula de reserva, porque la norma extranjera declarada competente para la regla de conflictos puede hallarse en abierta pugna con principios morales, sociales jurídicos esenciales para el Estado en cuyo territorio ha de recibir aplicación. En tales casos, el país pone una valla a la aplicación de la ley extranjera: El Orden Público. Por ello las legislaciones contemplan expresamente las limitaciones al Orden Público.

La exclusión del Derecho público extranjero se realiza en el área del Derecho Internacional Privado. Actúa así:

En el Derecho Penal extranjero es inaplicable, pues los tribunales nacionales no podrán encontrar la misma convicción respecto a los ilícitos penales por violación de una regla de prohibición y/o de cumplimiento del Derecho extranjero lo cual por lógico entender significará tener presente que las sentencias extranjeras no serán aplicadas.

Así, pues, tenemos que existen leyes penales que no son fuentes de creación de Derecho es el caso de la confiscatoria el arrebato de la propiedades del Rey Alfonso de España durante la Revolución española así como las leyes de Nüremberg del Tercer Reich alemán que prohibían a los judíos emplear mujeres arioalemanes menores de 35 años como sirvientas domésticas y la conclusión de matrimonios entre arioalemanes y judíos (de cualquier nacionalidad).

El Derecho Administrativo extranjero tiene carácter territorial, es el caso del Derecho fiscal extranjero, tal como el Derecho tributario, derecho de tasas locales.

Se dan ciertos casos:

- Los casos de las leyes dadas por un Estado extranjero son validadas conforme a la Constitución de ese Estado, el ejemplo es de los gobiernos de países extranjeros que emiten ordenes; la solución se dará conforme a lo que el tribunal extranjero levantaría la solución en ese Estado.



- En el caso de los contratos entre un particular y un Estado extranjero el derecho del país extranjero será el que decida quién actúa válidamente – (tiene poder) por el mismo.
- En el caso de contrato seguro es nulo conforme a su propio derecho, porque la autoridad administrativa no había autorizado a la compañía de seguros, el efecto de la violación del Derecho Administrativo extranjero sobre la validez del contrato debe ser respetado por un tribunal extranjero.
- Las leyes prohibitivas de la importación de algunos bienes (vino, espírituosos, drogas narcóticas) deberán ser meritadas por los tribunales extranjeros al juzgar un contrato de entrega o transporte marítimo de los bienes prohibidos en el país que prohíbe. Si el derecho propio del contrato es el derecho aquel país, el contrato es nulo, y el tribunal está obligado a reconocer su nulidad, se dará el caso que la infracción de las leyes de otros estados independientes se sancionará con la no atención de los tribunales.

En Europa los contratos que violan las restricciones extranjeras de importación son mantenidos válidos a menos que haya razones especiales para considerarlos contrarios a los boni mores

- También aparecen los problemas de cambio de monedas como es la exportación de moneda, la disposición de depósitos bancarias de extranjeros, la importación de billetes de bancos nacionales y otras transacciones capaces de poner en peligro el valor del cambio si ni el derecho que ha establecido tales restricciones es el derecho propio contrato estas serán aplicadas en principio-serán estas consideraciones de Orden Público.
- Otro caso es la aplicación del Derecho alemán de la necesidad de autorización de los superiores a los subordinados militares para casarse. Francia y Bélgica se opusieron por cuanto su objeto no estaba dentro de una convención de Derecho Internacional Privado la terminología era alemana y su espíritu era francés.

- El “carácter territorial” del Derecho público extranjero no impide a una persona que infringe la regla extranjera ser responsable en un Estado extranjero aunque en realidad es raro que un estado “x” disponga expresamente que la violación de ciertas reglas administrativas de otros países crea una responsabilidad en ese Estado “X”.
- En el caso de los tributos y timbres hay Estados que prescriben que serán nulos los actos jurídicos y los contratos que no hayan reintegrado el derecho tributario en el lugar de su ejecución.

En el ámbito del Derecho Comparado podemos apreciar en el artículo 14 del Código Civil argentino que resulta más claro la clasificación de normas reglamentaristas, por cuanto enuncia los casos en que las leyes extranjeras no son aplicables.

Así, reconoce que son de Orden Público las normas constitucionales, administrativas, penales, procesales, tributarias y en general, la perteneciente al derecho público; además tienen ese carácter las normas del Derecho privado que se consideren fundamentales para la defensa de la persona y de la familia, o que se refieran a la organización del régimen de la propiedad.

Así, la función que cumple el Orden Público en el plano interno, es limitar la autonomía de la voluntad en forma imperativa, a manera de que controla la fuerza de las aguas. En cambio, en el Derecho internacional privado, limita la aplicación de la ley extranjera a ciertos casos.

En Segundo Lugar las reglas de Derecho interno<sup>233</sup> no son aplicables a leyes de remisión del Derecho Internacional Privado.

Como ejemplo de lo expuesto, tenemos que es de Orden Público en Perú la definición del matrimonio como un contrato solemne. Pero sería un absurdo

---

<sup>233</sup> Las normas de Derecho internacional son de carácter interno es necesario el respeto por las normas de carácter externo.

que desconociéramos un matrimonio legalmente celebrado en el extranjero en forma consensual, limitando en este sentido la legislación extranjera aplicable.

El artículo 3 del Código Bustamante acogió la división entre normas de Orden Público interno o personales, a las que confiere efectos extraterritoriales, y las de Orden Público internacional, territoriales o locales.

## **FUENTES DEL ORDEN PÚBLICO**

En el caso del Orden Público<sup>234</sup> subsiste también el tema de como es el inicio de donde parte las normas o decisiones autorizadas para establecer en qué momento se halla en juego el interés general (Orden Público-objeto) y de qué modo reacciona el orden jurídico cuando sea necesario limitar la autonomía de la voluntad para proteger dicho interés (Orden Público-institucional).

Debe anotarse que la libertad debe estar restringida por una disposición legislativa, como es el caso de la disposición constitucional “de que las personas pueden hacer de todo lo que no está prohibido por la ley” (artículo 58 de la Constitución y el artículo 1049 del Código Civil).

De lo expuesto tenemos que señalar que el Orden Público tiene una fuente es la ley –común o constitucional– siendo que es la única para demostrar cuándo estamos afectado el interés general de la sociedad (Orden Público-objeto) e identificar las consecuencias jurídicas en caso de que las personas afecten dicho interés (Orden Público-institución) la cual por lo demás es solo potestad de la ley no pudiendo ser delegado en ningún otro organismo sea judicial, administrativo o privado.

El Código Civil ha normado de forma permanente y de modo general cómo debe reaccionar el orden jurídico para proteger el interés general afectado. Por cierto, las leyes especiales pueden disponer cual de estos efectos –o los que

---

<sup>234</sup> Actualmente el tema de las fuentes se ha ampliado hasta el extremo de conocer que existe tres esferas como son el Derecho nacional, Derecho regional comunitario y Derecho internacional.

puedan prever– se producirá en la situación particular que contemplen; si el derecho consagrado en la ley será o no renunciable o si la nulidad que se derivará del acto violatorio será relativa o absoluta.

El Orden Público-objeto se trata de la complejidad de la realidad social que le toca regular no deja al legislador establecer, vía normas específicas cuándo se configura ese interés general que hará en funcionamiento de los instrumentos jurídicos para hacer efectiva su protección –Orden Público–institución. Al efecto el legislador deberá delegar en otras instancias –sea de cualquier naturaleza– la labor de determinar cuándo se encuentran comprometido el interés general u Orden Público los cuales deberán actuar conforme a las directivas que imparta la norma delegante.

De lo que se puede columbrar que la ley es la única fuente de Orden Público. En el Orden Público-objeto se puede distinguir.-

- a) la ley como única fuente originaria.
- b) las fuentes derivadas que operan por delegación legal, realizado por un ente administrativo o judicial.

Lo que en realidad resulta, es que existe siempre una variabilidad en el tiempo del sistema Jurídico que nos acoge, lo cual permite, esclarecer la existencia de un elemento de carácter fundante en la ley que sería la fuente del derecho que en todo caso funciona como concretizante de todos los demás principios, dogmas costumbres, usos que inciden en la naturaleza particular del análisis jurídico.-

## **LA LEY. ÚNICA FUENTE ORIGINARIA**

### **PRINCIPIOS GENERALES.**

La ley<sup>235</sup> en sentido estricto es la única fuente del Orden Público con amplias facultades para regular tanto lo referente al Orden Público-objeto como al Orden Público-institución.

Lo cual significa que el legislador deberá ser quien establezca el contenido del “interés general”<sup>236</sup> al efecto nombrará las normas a las cuales –expresa o implícitamente, tengan carácter de Orden Público– a su vez atribuyéndole imperatividad, como elemento conformante, también el legislador puede disponer que los destinatarios de los derechos otorgados por la ley no los puedan renunciar una vez adquiridos siendo los derechos laborales los más ejemplificadores al respecto.

Lo regular es que el legislador no determina si la violación de la norma de Orden Público significa una nulidad absoluta o relativa –lo que debe esperar, a la labor del operador jurisdiccional– aunque en ocasiones el propio legislador lo define.

Así en materia de defensa del consumidor se realiza la previsión de señalar la nulidad absoluta de ciertas cláusulas prohibidas disponiendo que sin perjuicio de la validez del contrato sean nulas de pleno derecho, teniéndose como no escritas o no convenidas. De lo que se colige que el consumidor beneficiario no podrá realizar la confirmación del negocio inválido, caso en el cual por disposición de la ley no producirá ningún efecto sin necesidad de que sea juzgado, la ley imperativa sustituirá automáticamente a la cláusula violatoria pues es de “pleno derecho”.

Al efecto de sancionar los actos violatorios el legislador establece para mejorar la eficacia del interés general castigos a infracción al régimen legal. En las leyes especiales se establece que son de carácter público –Orden Público objeto– cuestión que en principio tiene pleno valor teniendo en cuenta las atribuciones constitucionales que tiene el legislador, siendo que los operadores

---

<sup>235</sup> Las leyes resultan siendo los más importantes elementos para establecer cuáles son las ocasiones donde se puede establecer el Orden Público.

<sup>236</sup> El interés general es el principal elemento de organización de un estado.

jurisdiccionales pudieran considerar que en ciertas normas de leyes extensas y complejas no se encuentran interesado el Orden Público, lo cual ocurre cuando se debe dar una interpretación restrictiva de la ley limitando la calificación genérica a las normas que signifiquen el carácter de Orden Público.

Sin embargo cuando el legislador no otorgue a una ley el carácter de Orden Público serán los jueces los encargados de valorar y apreciar según el momento si en la norma en consideración está comprometido el interés general que justifique decretar su vigencia por encima de los intereses particulares al efecto deberá tomar en cuenta la expresión literal, finalidad legal, intereses en juego, etc.

**- Los jueces deben respetar la calificación legal.-** Debe arrancarse por señalar que la doctrina jurídica en general que la calificación legal no obliga a los operadores jurisdiccionales, si los mismos considerarán que el cumplimiento de una ley es contraria al interés General de la sociedad así ORGAZ<sup>237</sup> “Los límites de la Autonomía de la voluntad” ha dicho “la calificación de que una materia es de Orden Público depende, por tanto, de su naturaleza misma, y no de los caprichos del legislador”.

Debe tenerse presente que aunque los jueces carezcan de facultades para revisar la ley y no aplicar el texto expreso de la misma, toda vez que nuestro legislador cuenta con las mayores atribuciones para determinar cuales son las leyes en cuya observancia está comprometido el interés general de la sociedad conforme a las situaciones políticas, económicas, sociales etc. que es en todos casos los jueces solo llamados a apreciar y valorar.

La separación de poderes implica que los jueces no pueden derogar leyes o dejar de aplicarlas solo por facultad o discrepancia con las valoraciones hechas por el legislador dentro del marco de las facultades constitucionales que tiene, será necesario precisar que es nula o descalificable la sentencia que conscientemente prescinda y deje sin efecto la ley expresa aplicable al caso por no compartir los criterios tenidos en cuenta por el legislador.

---

<sup>237</sup> ORGAZ. “Los límites de la Autonomía de la Voluntad”. La Ley 64-25.

El legislador no deberá realizar normas irrazonables arbitrarias o violatorias de los principios, valores, derechos y garantías que consagra la Constitución y darse en este caso entonces los operadores jurisdiccionales estarán autorizados a realizar su no aplicación al caso en concreto, caso contrario los jueces deben respetar y aplicar la calificación de Orden Público atribuida a la ley por el legislador.

La jurisprudencia no ha sido lo suficientemente receptiva con las propuestas que formula la doctrina inclinándose por la revisión de lo prescrito por el legislador. Aun existiendo precedentes judiciales en los que se ha señalado que los jueces pueden apartarse de la calificación legal, la verdad no ha existido la posibilidad de establecer que los jueces dejarán de lado la disposición expresa de la ley, se usó sin embargo como frase “*obiter dicta*” el hecho que se señale a las leyes extensas y/o complejas limitando el alcance de la calificación global de Orden Público.

Pero si se da el caso contrario cuando los jueces pueden considerar en algunas disposiciones de la ley no se encuentra comprometido el interés general facultad que se halla inscrito dentro de las facultades de interpretación y apreciación que son parte de su trabajo.

Dándose el caso en el cual se tiene que una persona no puede invocar su propia torpeza para invalidar un acto posible de nulidad absoluta celebrada por su iniciativa “sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

## **FUENTES DERIVADAS**

Se consideran, de esta manera a las siguientes:

### **NORMAS DELEGADAS PÚBLICAS.-**

Existen determinadas reglas que por su particular y propia naturaleza van ser adoptadas en el seno de organismos públicos o privados que dictan normas de Orden Público según las circunstancias que se presenten y cuando por lo demás se encuentre comprometido el interés general de la sociedad hay que notar que estas circunstancias más afluables en materia económica y social ya que por su naturaleza cambiante urgen de reglamentaciones específicas y flexibles posibles de ser modificadas conforme se presenta la coyuntura . Es el

caso cuando se implemento el control de cambios, el control de precios, se vigilo más el mercado exterior <sup>238</sup>.

También estamos ante la ocasión en que se delega en beneficio de organismos públicos no estatales, con participación de representantes de entidades privadas, el ejemplo más importante –en el Perú– es el Consejo del Trabajo que debe delinear políticas básicas de carácter laboral.

O es el caso que el Estado delega en entidades privadas en el caso de los gremios laborales, en conjunción representación de los empleadores abordan un tema de carácter de convención colectiva, que afectan a todos los intervinientes en el trato legal sino también a terceros, con la sola atingencia de que sean revisados por el Ministerio de Trabajo según ley. Debiendo establecer que en los casos de convenciones colectivas son estas las primeras fuentes derivadas que deben ser objeto de revisión en armonía del Orden Público.

### **JURISPRUDENCIA<sup>239</sup>.-**

Cuando las leyes no establecen las leyes de Orden Público son los jueces los que se constituyen en su principal fuente quienes son los llamados a asignar a la ley el carácter de Orden Público según como se encuentre determinado el Orden Público, debiendo siempre en todo caso tenerse presente que su actuación de los mismos se halla legalmente restringido por la obligatoriedad de la ley por lo que deberán valorar su espíritu fines perseguidos por la regulación naturaleza de la cuestión intereses en juego, etc.

También los jueces pueden determinar con la mayor libertad posible si se halla en juego el Orden Público, serán ellos mismos los que determinen los límites de la autonomía de la voluntad, estableciendo el contenido de la formula abstracta y genérica en la que esta interesado el Orden Público, siendo que el derecho será irrenunciable, lo mismo sucede en materia de nulidades pues

---

<sup>238</sup> Las leyes cuando han sido establecidas como fuentes derivadas para realizar el estudio del Orden Público internacional.

<sup>239</sup> La jurisprudencia resulta ser a su vez un medio que aumente la formulación y adecuación de la ley en cuanto a la aplicación del Orden Público.



será el Juez el que determine si la nulidad en examen es absoluta o relativa, pudiendo graduar su intensidad siendo que la nulidad relativa es renunciable en cambio la nulidad absoluta es irrenunciable.

En todos los casos la ley no da una directiva es el Juez quien debe guiarse en cada situación particular acerca de si esta comprometido o no el Orden Público de modo que se encuentra en amplias facultades para concretar y llenar de contenido el concepto legal abstracto e indeterminado, teniendo como límite el que impone el ordenamiento jurídico y los principios generales del Derecho.

### **ORDEN PÚBLICO-INSTITUCIÓN Y ORDEN PÚBLICO-OBJETO**

**- Orden Público-institución.-** Como institución jurídica que tiene por finalidad defender y proteger los intereses generales de la sociedad.

**Orden Público-objeto.-** Refiere a los intereses generales de la sociedad.

## Cap. III DERECHO COMPARADO

### III-1 PAÍSES DEL *COMMON LAW*

**En Inglaterra.-** La Jurisprudencia anglosajona<sup>240</sup> fue la primera en rechazar excepcionalmente, por motivos de Orden Público internacional la aplicación de la ley extranjera y Story el primer jurista que expuso este criterio al efecto citó distintos precedentes judiciales ingleses, como norteamericanos, en los que la ley extranjera que resultaba competente no había recibido aplicación por ser contrarias a los principios fundamentales de moral y de derecho vigentes en los Estados Unidos y en Inglaterra<sup>241</sup>.

La conveniencia de adoptar esta doctrina se hizo sentir en materia matrimonial y de contratos.

Al respecto Story<sup>242</sup> desarrolla este concepto como legítima defensa contra los daños que a la nación o a sus súbditos podría ocasionar la aplicación de ciertas leyes extranjeras según las cuales resultarían válidas incluso contratos que tengan objetivos inmorales.

Healy señala que “el Orden Público constituye una doctrina absolutamente esencial para todos los países y para siempre”.

Dicey considera como una reserva al principio de reconocimiento de todo derecho debidamente adquirido bajo una ley extranjera.

Kuhn establece en que casos se debe aplicar la reserva de Orden Público internacional y prescribe tres clases:

- 1) Casos en que la aplicación de la ley extranjera atentaría contra la moral social.
- 2) Casos en que contravendría una regla esencial del Orden Público local.
- 3) Casos en los que perjudicaría al Estado o a sus súbditos.

<sup>240</sup> La jurisprudencia del *comon law* es negatoria el Orden Público internacional.

<sup>241</sup> Estados que su propio ámbito de influencia en el mundo hacen intervenir estos principios

<sup>242</sup> STORY, Joseph. “Conflictos de Leyes”. Pág. 121.

**En Estados Unidos.**- Beale establece generalmente como una regla que rige en los Estados Unidos, que “si la ley del foro no provee una forma de acción apropiada para la ejecución del Derecho extranjero, la acción no puede ser estimada”.

En el Estado de Georgia los párrafos 102-108 del Código de Georgia Anotado de 1948 señala “Comity de los Estados. Las leyes de otros Estados o de Estados extranjeros no son aplicables en Georgia más que si está previsto en la Constitución de los Estados Unidos y reconocido por la *comity* de los Estados. Los tribunales deben aplicar la *comity* siempre que la Asamblea General no disponga otra cosa y que su aplicación no viole el Orden Público ni sea contrario a los intereses de este Estado”.

El Restatement-1971 en su párrafo 187-2b) permite a los tribunales invocar en ciertos casos el Orden Público del Estado extranjero cuando la situación y las partes presentan con él la más estrecha relación.

**EN CANADA**<sup>243</sup>.- El artículo 5 del proyecto de Código Civil de Québec de 1978 señalan: “La aplicación del Derecho extranjero será rechazada cuando sus disposiciones sean manifiestamente incompatibles con el Orden Público, tal como se entiende en las relaciones internacionales. El reconocimiento y ejecución de una decisión o de una sentencia arbitral extranjera serán rehusados cuando ellas sean manifiestamente incompatibles con el Orden Público, tal como es entendido en las relaciones internacionales”.

El Código Civil de Québec de 1,998 Ley del 18-12-1991 Tenemos el caso del artículo 3079 que establece que “cuando los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes lo exijan, se puede otorgar efecto a una disposición imperativa de la ley de otro Estado que tenga un vínculo estrecho con la situación. Se tendrán en cuenta el fin de la disposición y las consecuencias de su aplicación” y finalmente el caso del artículo 3081 que señala “que la aplicación de las disposiciones de la ley de un Estado extranjero

---

<sup>243</sup> Los países que forman el bloque del *Common Law*, también vienen recibiendo una muy fuerte influencia de los diferentes principios rectores del sistema del Civil Law.

es excluida cuando ello conduce a un resultado manifiestamente incompatible con el Orden Público tal como es entendido en las relaciones internacionales”.

### **III-2 PAÍSES DEL *CIVIL LAW***

#### **En Europa**

**En Alemania.**- El maestro Savigny parte del principio de la comunidad de derecho, más íntima entre las legislaciones regionales internas de un mismo Estado dependiente de una soberanía, que entre las legislaciones de diversos estados soberanos sobre los que no existe ninguna autoridad en común.

Señala que el Orden Público internacional es entre estas últimas legislaciones una excepción a aquel principio de comunidad y su función consiste en excluir una ley extranjera aun cuando sea competente para regir el caso de que se trate si sus preceptos son contrarios a determinadas normas imperativas de la ley del Juez.

Distingue Savigny dos clases de normas de Orden Público Internacional:

- 1) Leyes positivas rigurosamente obligatorias, de las que cita como ejemplo la que no admite la poligamia por razón moral y poseer bienes inmuebles los judíos por razones de utilidad pública.
- 2) Instituciones desconocidas en el país, tales como la muerte civil.

Se trata de leyes e instituciones que tocan las bases morales políticas o económicas de la sociedad y del Estado.

Von Bar mostró dudas sobre la segunda clase cuando recae sobre instituciones del mismo nombre pero de distinta significación en unos y otros ordenamientos legislativos.

Garde Castillo<sup>244</sup> en “La institución desconocida del Derecho internacional Privado” comenta que si una institución extranjera cae dentro del concepto de Orden Público internacional, no es por ser una institución desconocida, sino por considerársela injusta o inmoral, determina que solo basta con el primero de los supuestos que abarca todas las leyes positivas rigurosamente obligatorias.

En la moderna concepción alemana se establece que es una sola –la primera de las clases de Savigny– clase la que contiene a la otra.

Sin embargo queda el mérito de Savigny de haber definido el Orden Público internacional como una excepción al principio de la comunidad de derecho.

El Derecho alemán ha conservado la idea principal de Savigny de que la exclusión del derecho extranjero debe ser una excepción, pero los tribunales alemanes hacen muchas más excepciones de las que aquel hubiera permitido.

Allí se distinguen dos características, que son las siguientes.

- 1° El Derecho alemán distingue entre reglas extranjeras que producirían si se aplicasen contrario a las *bonis mores* se relieves así el aspecto inadmisibles de la regla extranjera; y
- 2° De aquellas que inobjetablemente per se causarían una incompatibilidad con el “fin de una regla alemana” que establece el carácter imperativo de la regla alemana de la que es inadmisibles ninguna desviación.

La ley de Introducción al Código Civil del 18 de agosto de 1896 establece en su artículo 30 “La aplicación de la ley extranjera queda excluida si fuese contraria a las buenas costumbres o contra el fin de una ley alemana”.

El Tribunal Supremo alemán confió en el principio del *Ordre Public* para excluir de aplicación una disposición suiza según la cual ciertas deudas no están exceptuadas por la prescripción de acción.

---

<sup>244</sup> GARDE CASTILLO. “La institución desconocida del Derecho Internacional Privado”. Pág. 171.

De otro lado el Tribunal Supremo suizo excluyó las reglas sobre la prescripción contenidas en el Derecho propio del contrato y aplicó el derecho suizo, en el Derecho inglés la prescripción se asimila a las normas de carácter procesal.

Asimismo, el mismo tribunal supremo ha afirmado que se compromete el Orden Público alemán “cuando la diferencia entre las concepciones políticas y sociales sobre las que descansan, respectivamente, el Derecho extranjero y alemán, es tan sustancial que la aplicación de aquel amenazaría directamente las bases de la vida política y económica alemana” Col Ofic. 60, 300, 63, 19, 93, 183, 110, 173, 119, 259.

Es sin embargo una cuestión inconsistente toda vez que puede ser que la política del Estado extranjero sea de igual aptitud respecto del Derecho alemán pero sin embargo el Derecho es obtenido por medios, que se condicen con la ley vigente. Hay que notar que el código alemán de 1896 está basado en un liberalismo matizado socialmente

En el Derecho alemán se considera el contrato nulo cuando<sup>245</sup> la restricción de importar se basa en consideraciones de salud pública, como es el caso de las leyes antialcohólicas y como válidos cuando la ley forma parte de la política económica del Estado.

La doctrina de la “*vorbehaltssklausel*” o cláusula de reserva es la más extendida en Alemania y que sirve para explicar el Orden Público internacional, es seguidora de la orientación clásica. Su autor es Zitelmann<sup>246</sup> considerado el renovador de la teoría de Savigny, Klein abonando al respecto ha dicho que la aceptación de la doctrina en Alemania se debe a él. Se le conceptúa como una especie de válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos su naturaleza consiste en ser una excepción a la comunidad de derecho.

Cláusula de reserva general sería lo prescrito en el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1900 “la aplicación de la ley extranjera

<sup>245</sup> ZITELMANN. “Internacional Privado”. Vol. I. Lipzig. 1897. Pág. 317 xc.

<sup>246</sup> En el Derecho alemán se establece que realmente se tiene una noción de que el Orden Público es restrictivo de la libertad de contratación.

queda excluida si fuese contraria a las buenas costumbres o contradijera la finalidad de una ley alemana”.

Cláusula de reserva especial sería lo prescrito en el artículo 12 del Código alemán “No podrán hacerse valer contra un alemán, por una acción ilícita cometida en el extranjero, derechos mayores que los reconocidos por la ley alemana”.

La doctrina alemana es partidaria de reconocer el carácter excepcional de la denominada “cláusula de reserva” y el criterio restrictivo con que debe ser interpretada por ser contrario al principio de comunidad de derecho.

Se añade como motivo el contradecir la ley extranjera una finalidad de ley del foro.

La argumentación germana de la cláusula de reserva<sup>247</sup> Código alemán de 1900 y el de Suiza se apartaron de esta solución evitando formular un enunciado similar.

Se manifiesta en el artículo 17 párr. 1 apartado 2 EGB GB “Si la pareja, según la ley normalmente aplicable, no puede divorciarse, se aplica la ley alemana a condición de que el esposo que pide el divorcio sea alemán o lo hubiese sido al momento de la celebración del matrimonio”. Existe entonces discrepancia en la jurisprudencia alemana, un segmento se inclina porque la norma se aplique cuando la ley que resulta conflictualmente aplicable al divorcio no conozca el divorcio, y se menciona la ley de Filipinas o la ley canónica de la iglesia católica, que rigen en Siria.

El sector de la jurisprudencia en general es la que va brindar y analizar el caso concreto y prescribe que si la ley que rige el divorcio no lo admite durante la demanda, se aplica la ley alemana a la disolución del matrimonio.

---

<sup>247</sup> La cláusula de reserva es una norma que permite establecer que se trata de realizar una adecuada formulación de libertad para entender el Orden Público.

Los problemas se generan en lo referente las parejas alemanas, pues en Italia se conoce la separación ininterrumpida –por tres años– no así en el sistema alemán donde no se conoce la separación de cuerpos, los esposos puede pedir el divorcio al cabo de un año de separación de hecho, lo que entonces falta es conocer si el cónyuge alemán después de un año de separación podrá demandar el divorcio conforme al Derecho alemán o deberá respetar el plazo previsto en el Derecho italiano, en caso concreto debe aplicarse el primero.

Se debe anotar que luego de la Segunda Guerra Mundial y con la aparición de la denominada República Federal Alemana del 25 de Julio de 1949 que modifica la EGBGB se inspira en el Derecho convencional de la Conferencia de La Haya en su artículo 6 señala “Orden Público. La regla de derecho de un Estado extranjero será rechazada cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán. Particularmente es el caso cuando su aplicación es inconciliable con los derechos fundamentales”.

En la República Democrática Alemana la ley de 1975 en su artículo 4 señala “No aplicación del Derecho de otros Estados. Las leyes y las demás reglas jurídicas de otro Estado no serán aplicadas en la medida que su aplicación sea incompatible con los principios fundamentales del orden estatal o jurídico de la República Democrática Alemana<sup>248</sup>. En estos casos deben aplicarse las reglas de derecho correspondientes de la República Democrática Alemana”.

Se da la norma de retorsión al modo del *Vergeltungsrecht* contemplado en el artículo 31 de la Ley de Introducción Alemana.

Buches acota que tanto la jurisprudencia alemana como la suiza someten la intervención del Orden Público a la exigencia de ciertos lazos con el estado del foro. Lo que hace que el Orden Público se encuentre muy ligado al carácter nacional, es decir, que el Derecho extranjero podría intervenir sobre el Derecho del foro.

---

<sup>248</sup> La mención a la Republica democrática Alemana es porque aun a pesar de haberse realizado la unificación de las dos Alemanias el Derecho sigue siendo materia de unificación.



Así tenemos el caso de la probanza de la paternidad; el hijo natural debe residir habitualmente en Alemania y que su madre sea alemana, se ha juzgado que el mismo derecho no se debe aplicar a todas las partes más si son de nacionalidad extranjera y domiciliadas en el extranjero, con excepción del demandado. El caso de los honorarios de un abogado con su cliente, establecidos conforme a los resultados –fuera de Alemania–, no influye en el Orden Público alemán, en cuanto se refiere a un accidente mortal cuya reparación es más alta que en Alemania, no es contrario al Orden Público si el comportamiento ocurrió en Estados Unidos durante el domicilio de las partes y el lazo con Alemania surge solo por la nacionalidad del demandado, y así como por el establecimiento de su residencia posteriormente a la apertura del proceso en los Estados Unidos.

La expresión de relatividad del Orden Público la exigencia del lazo depende de la función y de la importancia atribuida por el Estado del foro al principio de Orden Público concerniente.

El Orden Público comprende principios esenciales sobre los que no cabe derogación, como es el caso de los derechos civiles reconocidos por la comunidad de naciones, pertenecientes al derecho de gentes, no hay lugar de hacer distinciones según los lazos que mantiene la situación con el Estado del Foro.

El artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil determina que “la ley extranjera será descartada cuando su aplicación conduce a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del derecho alemán, especialmente cuando su aplicación es inconciliable con los derechos fundamentales”.

**EN AUSTRIA.-** Su ley Federal de 1978 señala en su artículo 6 “una disposición del Derecho extranjero no debe ser aplicada si llevase a un resultado incompatible con los valores fundamentales del orden jurídico austriaco. Si

fuere necesario, debe ser aplicada en su lugar la disposición correspondiente del Derecho austriaco”.

**EN ESPAÑA.-** En cuanto a sus antecedentes debemos señalar que aparece en el artículo 31 del Código Civil de 1821<sup>249</sup> “son nulos los actos en que por renuncia o convenios se intente dejar sin vigor las leyes que regulan el Orden Público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos en razón de su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley”.

Luego el artículo 11 del Proyecto del Código Civil de 1836 declaraba que: “Es nulo cualquier acto en que se intente dejar sin efecto las disposiciones prohibitivas de las leyes(...)”.

El artículo 8 de los denominados Trabajos preparatorios del Proyecto de Código Civil de 1851 –Álvarez Martínez, Proyecto noviembre de 1844– establece que tales leyes “no pueden renunciarse, y lo hecho contra ellas es nulo, excepto el caso especial en que se establezca lo contrario”; el artículo 9 sobre el Orden Público reitera: “Por convenios particulares no pueden derogarse las leyes que interesan el Orden Público y a las buenas costumbres” texto que aparece de manera igual en el artículo 6 del Código Napoleónico. Al respecto el artículo 13 de los citados proyectos señala: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el Orden Público y las buenas costumbres” texto que es igual en el proyecto de 1851 repitiéndose en el artículo 7 del proyecto (libro I) del 19 de mayo de 1869.

El Real Decreto del 24 de julio de 1889 sobre la Reforma al Código Civil adhirió el artículo 11 un tercer párrafo que ha estado vigente hasta la Reforma del Título Preliminar en 1974 el mismo que señalaba: “ No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el Orden Público

---

<sup>249</sup> En España realmente es donde se ha producido un mayor desarrollo del concepto abierto de Orden Público.

y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

El Real Decreto del 17 de Octubre de 1851<sup>250</sup> sobre contratos y demás actos notariados en Francia o en otros países extranjeros determinaba la validez de los mismos siempre “que el asunto del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España” el mismo texto apareció en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 artículo 600 y también en el artículo 9 del Reglamento General de La Ley Hipotecaria de 1861 con lo cual se tiene que el Orden Público aparece implícito en una redacción remitente a leyes sobre ejecución de sentencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También aparece mencionado en el artículo 4.2 del primigenio Título Preliminar que establecía: “Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el Orden Público...” Desde 1889 el artículo 1255 del Código Civil en lo referente a libertad de contratación dice: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al Orden Público” sin embargo el rechazo a los contratos y actos llevados a cabo en el extranjero conforme el párrafo 3 del artículo 11 que concatenado con el artículo 8 en su primera redacción señala: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español”<sup>251</sup>.

TRIAS DE BES<sup>252</sup> planteaba el entendimiento desde el extremo de la jurisprudencia “que las leyes prohibitivas no se aplicarán a los extranjeros más que si afectan al Orden Público” a la cual se adhieren LASALA LLANAS y GOLDSCHMIDT, al respecto AUDINET decía el legislador español “Ha confundido las leyes que son de Orden Público para los nacionales, las cuales no pueden derogarse por convenios particulares tales son efecto, todas las

---

<sup>250</sup> El Código Napoleónico resulta ser el mejor de los instrumentos legales donde se establece el Orden Público.

<sup>251</sup> TRIAS DE BES. “El Derecho Internacional Privado de España”. Revista de Derecho Internacional Privado. Tomo XXXIII. Pág. 62.

<sup>252</sup> En España se ha buscado siempre mejor ubicación por parte de los tribunales de Justicia.

leyes prohibitivas y las leyes de Orden Público internacional, a las que las leyes extranjeras no pueden derogar”.

Se da una situación de confusión hasta al advenimiento de la Reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1,974, no había sido presentado la cláusula en el párrafo segundo del artículo 11 del Anteproyecto de YAGUAS MESIAS y aprobado en la Comisión General de codificación del 25 de Enero de 1944 salvo que las convenciones eran naturalmente contratos dados en el extranjero, convenciones privadas como decía el Código Piamontés de 1865.

En el Proyecto de 1962 se decía: “dejando su apreciación a los Tribunales de Justicia por no ser propio definirla o comprenderla en una fórmula”; igual ocurre en el proyecto de 1965 que continuó el proyecto de Bases del 04 de Octubre de 1966 y la base sexta del proyecto de ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas del 22 de Julio de 1973 que luego sería puesta en vigencia en la formula del artículo 12-3 “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al Orden Público”.

CARRILLO SALCEDO comentando al artículo 12-3 del Código Civil en Comentarios a las Reformas del Código Civil el nuevo Título Preliminar del código y la Ley del 2 de Mayo de 1975 I, Madrid, 1977, págs. 645-646 ha criticado en los siguientes extremos, dice no se distingue entre Orden Público interno y Orden Público internacional, no se dice qué debe hacerse con el Derecho extranjero rechazado; la contrariedad al Orden Público sin más no puede acomodarse con la fórmula de los convenios de La Haya que parte de señalar que el Derecho extranjero ha de ser manifiestamente incompatible con el Orden Público con lo cual sustrae el efecto atenuado al no distinguir entre creación de derecho y reconocimiento de sus efectos lo que determina que la fórmula adoptada sea clásica y rígida cuando en realidad, de otro lado se hace mención que tampoco se refiere a las sentencias extranjeras así a los actos y contratos celebrados en el extranjero. La interpretación debe realizarse primero desde la regulación que se hacía en el texto antiguo –no siendo posible prever que en razón del precepto puedan en España tener efecto los actos contrarios al Orden Público y dados en el extranjero; y en segundo término se debe tener presente la división que se planteó entre el Orden Público interno y el

internacional y el efecto atenuado, lo referente a la regla 3 del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>253</sup> funciona como la cláusula de Reserva. Al respecto la Reforma de 1974 resolvió la cuestión entre lo que se denomina las cuestiones de confrontación en el derecho interregional de España con el artículo 16.1-2 es así. “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:(...) no serán aplicable lo dispuesto en los apartados (...) 3 del artículo 12 sobre (...) Orden Público”. En un primer término en el primigenio sistema de Derecho Civil se propiciaba el principio de la territorialidad de determinadas leyes como las penales, las de policía, las de seguridad precepto que aparece incluido y positivizado vigente aun del artículo 8 “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad publica obligan a todos los que habiten en territorio español” con ser una regla conflictual al señalar aplicable a todos los supuestos contenidos en las diversas normas penales, de policía, y de seguridad pública, las respectivas consecuencias jurídicas contenidas en aquellas por tanto Derecho español, en todo el territorio nacional a cualquiera que en el mismo se halle no reclama la aplicación de un derecho extranjero en ningún caso. Estas leyes son leyes de Orden Público por su función protectora del mismo –advirtiéndose que aquí el Orden Público es lo que se protege– presentándose claro que no existe caso de que puedan ser derogadas por aplicación de las leyes penales, de policía o de seguridad pública extranjera toda vez que para que ocurra tal eventualidad sería necesario que ese Derecho público extranjero fuese reclamado por la norma de conflicto española, lo que en modo alguno sucede.

No siendo de este Orden Público que realmente se vale el Derecho Internacional Privado.

En la circunstancia actual este supuesto no se incluye en la noción de Orden Público del Derecho Internacional Privado sino más bien se encauza por la vía

---

<sup>253</sup> El Código de Enjuiciamiento Civil establece mejor la cláusula de Reserva de solución de los conflictos con derecho extranjero.

de las normas de aplicación inmediata. Tampoco se rechaza el Derecho extranjero por su contenido, por sus efectos.

Según YASSEEN es afirmar la absoluta imperatividad de ciertas normas del Foro.

España fue influido fundamentalmente por la doctrina de Mancini –quien consideraba el Orden Público como un principio– y también la de Savigny –quien consideraba el Orden Público como una excepción– la estructura doctrinal de ambos es parcialmente distinta reflejándose en el Orden Público; sin embargo ocurrió que incluso Savigny introdujo la noción de las normas absolutamente obligatorias contribuyendo con ello en parte a confundir su concepto. En el Código Civil español de 1889 ambas tendencias se van a ver graficadas en el artículo 11 apartado tercero y último se expresa en los siguientes términos “No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero. Con lo se presentaban dificultades en su interpretación. Debemos considerar en una primera instancia aquellos que se presentan menos controvertidos. Las referencias serían:

Las leyes prohibitivas– noción, al efecto del problema, de raíz savigniana-las leyes que tienen por objeto el Orden Público, las leyes que tienen por objeto las buenas costumbres –no resulta imposible diferenciarlas.

La noción de las buenas costumbres (guten sitten en la doctrina alemana) puede resultar la base de un concepto ad hoc del Orden Público no intercambiable con lo que el Derecho Internacional Privado es la excepción del Orden Público.

La Expresión de leyes determinadas por objeto el orden puede suponer una referencia a lo que más tarde sería la concepción de PILLET o la fórmula para recoger la fórmula manciniana del Derecho Público. Es relevante entonces

conocer el alcance que este apartado da a la remisión confinada a los artículos 10 y 11 es que solo que con relación a estos actúa el Orden Público se explica por la exclusión que significa el artículo 9 pues los anteriores son normas de orden bilateral y el último es una norma unilateral. La doctrina releva la imperiosa necesidad del orden viene explicada por dos causas: la bilateralidad de la norma de colisión y el recurso a la ley nacional, estas razones no explican sin embargo la exclusión aparente del artículo 9 el precepto recoge el tríptico clásico de personas actos y bienes, como también alude a la invocación del Orden Público que se extiende a las sentencias extranjeras –común en la época y actualmente– y a las convenciones acordadas en país extranjero –contratos– y a disposiciones realizadas en el extranjero –testamentarias–.

El texto vigente –Reforma de 1974– es diferente con el anterior aparece diferenciados el concepto de Orden Público –artículo 12 –párrafo 3 y la clásica territorialidad del antiguo artículo 8; el mismo que cambia la expresión habiten por la de se hallen y en su segundo párrafo contiene el problema de las leyes procesales. Puede decirse que solo en el artículo 12 párrafo 3 se legisla la noción primigenia del Orden Público. El texto deviene lacónico “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al Orden Público”.

El antecedente verdadero se encuentra en el proyecto de 1962. Pues en el Proyecto de 1944 se dio una línea muy semejante a la del 1889 con las correcciones obligadas por el tiempo y por el sistema italiano.

Así en el párrafo 2 del artículo 11 dice “No obstante lo dispuesto en este artículo y en los anteriores las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos y sus bienes y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres no quedaran sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por actos o contratos otorgados en país extranjero”. En el proyecto de 1962 el artículo 12 prescribe en su último párrafo “No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes no tendrá aplicación ninguna ley extranjera contraria al Orden Público”. Redacción semejante aparece en la Ley de Bases de 1973 en el N° 3 de la Sexta dice “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera

cuando resulte contraria al Orden Público” La comisión General de Codificación en su propuesta de diciembre de 1973 aceptó el texto.

Adolfo Miaja de la Muela al dar su opinión sobre la fórmula de 1962, anotando las diferencias con el viejo párrafo 3 del artículo 11 siguiendo en el carácter general y no particularizado de la cláusula, de la cual se planteó si era o no la más adecuada FERRER SANCHIS dijo “enunciado muy sucinto y esquemático sumamente elogiable, empleado por TRIAS”, al respecto Aguilar Navarro<sup>254</sup> Derecho Internacional Privado a señalado “se ha omitido la concreta referencia ya habitual en los convenios de La Haya: El Orden Público solo actúa cuando se trata de una norma extranjera manifiestamente incompatible, lo cual a pesar de ser dejada de lado por el derecho positivo el tono del debate en el órgano jurisdiccional nos hace persistir una valoración aun plenamente propia del principio.

La doctrina española ha estado signada por los aportes de la doctrina de Savigny que mantuvo el equilibrio recomendable con el pensamiento exagerado de Mancini. Hubo sintonía con el pensamiento de los latinos como PILLET, NIBOYET, DESPAGNET, también lo hubo con la noción de la “Institución desconocida” tácita en la sistemática de Savigny y motivó el pensamiento de GARDE CASTILLO; el trabajo de BROCHER que incidía en distinguir Orden Público interno y Orden Público internacional fue seguido por GESTOSO TUDELA los trabajos de VALLINDAS, QUADRI, LAGARDE fueron incorporados por ANTONIO MIAJA DE LA MUELA, también encontramos los trabajos de W. GOLDSCHMIDT quien va hacer reincorporar al derecho natural, ANTONIO CARRILLO SALCEDO establece que el Orden Público como instrumento de defensa de lo homogeneidad del Orden Público del foro siguiendo el pensamiento de BATIFFOL y LAGARDE así como el tema de los derechos adquiridos cuestión muy importante en el análisis de ANTONIO MIAJA DE MUELA también se establece en WENGLER introduce en la jurisprudencia española una atenuación del Orden Público en algunos casos

---

<sup>254</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 229.



indicios de atenuación –lo cual es analizado en relación con el matrimonio civil y el divorcio– de otro lado tenemos los trabajos de JULIO D. GONZALES CAMPOS plantea la conveniencia de acoger la tesis francesa del efecto atenuado del Orden Público. RUILOBA SANTANA lo expuso en su artículo publicado en 1974.

En el extremo de la Jurisprudencia se aprecian tres momentos:

El primer momento se circunscribe a aceptar íntegramente la concepción general y universal que del Orden Público tenía la mal llamada doctrina de la personalidad de los estatutos de manera que el Orden Público se plantea como un principio general que reduce el estatuto personal – Sentencias del 13 de Enero de 1885, 12 de Mayo de 1885 y 26 de Abril de 1883.

En el segundo momento se procede a extender y especificar la acción del Orden Público teniendo ya en consideración la peculiaridad de los supuestos; Sentencia del 01 de Mayo de 1,919 referido a contratos y de 26 de Abril de 1929 referido a la validez de un matrimonio realizado en el extranjero.

Y el tercer momento en la se puede señalar la sentencia del 10 de enero de 1933 referido a propiedad industrial se actualiza la concepción del Orden Público incorporando nociones de sajonas –defensa de instituciones y de intereses de los propios súbditos– y de las alemanas –protección del orden social jurídico, moral y económico del foro– tenemos la sentencia de 23 de Febrero de 1944 sobre matrimonio y divorcio del 12 de Mayo de 1944 igual a la anterior y las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 03 de Octubre de 1952 referencia sobre divorcio de 07 de Abril de 1953 sobre adopción finalmente la sentencia de 10 de Octubre de 1960 sobre cuestión previa y Orden Público en ambos casos se busca atenuar la acción del Orden Público –verbigracia, admitiendo ciertos efectos al divorcio realizado por ley extranjera al efecto se debe admitir la sentencia del Tribunal Supremo es el caso Ferriol c. Ferriol del 10 de Octubre de 1960 y la del 5 de Abril de 1966 en el caso Benedicto c. Barquero. La Resolución de la dirección General de Registros nacional del 23 de Abril de 1970 es un intento de deducir la acción del Orden Público al dejar fuera de su ámbito una serie de relaciones –

establecer efectos en materia de filiación de un matrimonio entre español y divorciada alemana.

El Título Preliminar no participa de la presencia de conflictos internos en el estado en tal sentido su artículo 16, 1 ap. 2 se dice “no será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y Orden Público”.

Se da la existencia del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1966 dice el Orden Público está integrado por “los principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada” después de la constitución de 1978 el mismo Tribunal en auto del 24 de Octubre de 1979 dice que “por integrar la constitución la cúspide del orden jurídico, en el que se subsume el Orden Público”

**FRANCIA.**- Es el Código de Napoleón de 1804 que identificando territorialidad de la ley y Orden Público señala en su artículo 3°-1 “Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio” el que introduce esta idea fuerza dándole un alcance genérico en su artículo 6° “las leyes que interesan el Orden Público” cuyo empleo siguió la legislación tributaria.

La doctrina francesa tiende como la italiana a depurar el concepto de Orden Público Internacional apartando de el las leyes territoriales por naturaleza, y reduciéndolo a la función específica de paralizar el libre juego de la norma de Derecho Internacional Privado, cuando la ley extranjera competente se halle en pugna con una norma prohibitiva de estricta y general observancia en la nación del juez.

Se mueve el ámbito de la doctrina del efecto atenuado del Orden Público. Aparece una confusión que data del Código Civil italiano que fue casi literalmente reproducido por el legislador español el artículo 3 (territorialidad de la ley) y el artículo 6 que indica la inderogabilidad de las leyes que interesan al Orden Público y las buenas costumbres por convenios particulares y finaliza

diciendo que en resumen “las leyes prohibitivas no se aplican a los extranjeros más que si ellas interesan el Orden Público y las buenas costumbres” –Le Droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol en Jorunal de Droit International Privé, 1891 t. 18 Pág., 1119–.

**ITALIA.-** Se plantea que la palabra “disposición o convenzioni” estaba precedida del termino “private”

El Código Civil italiano de 1,942 concibe el Orden Público en el artículo 30 así “Límites derivados del Orden Público y de las buenas costumbres. No obstante, las disposiciones de los artículos anteriores, en ningún caso podrán tener efecto en el territorio del Estado las leyes y los actos de un Estado extranjero los ordenamientos y los actos de cualquier institución o ente y las disposiciones o convenciones privadas cuando sean contrarias al Orden Público o a las buenas costumbres”.

Es en la Ley del 31 de Mayo de 1995 que prescribe en su artículo 16 que “la ley extranjera no será aplicada si sus efectos son contrarios al Orden Público”.

El artículo 17 señala que “tienen primacía sobre la leyes designadas por las normas de colisión las reglas italianas de aplicación inmediata en función de su objeto o fin”.

**EL VATICANO.-** En su ley de fuentes del Derecho del Estado Vaticano señala como motivo de inaplicación la ley extranjera cuando es contrario a los preceptos del Derecho divino o a los principios del Derecho canónico, fórmula que fue recogida por el Código Civil Español de 1889 en su artículo 11-3.

**CHESCOLOVAQUIA.-** El mismo que se menciona aun pesar de su desintegración como país, la Ley checa de 1963 prescribe en su artículo 36 “cualquier prescripción jurídica de un Estado extranjero es inaplicable en la medida en que los afectados de esta aplicación sean contrarios a los principios del régimen social político de la República Socialista Checoslovaca y de su legislación, que deben ser mantenidos sin reserva”.

**RUSIA.-** Señala como motivo de inaplicación la ley extranjera cuando es contrario a los principios del orden soviético.

La ley soviética sobre fundamentos de la legislación civil de 1 de mayo de 1962, (tiene una fórmula empleada por el artículo 4 del Código de Navegación marítima de la URSS de 1929 dice “ En los casos en que, en virtud de este artículo, las reglas del Código de navegación marítima no puedan ser aplicadas, los Tribunales de la URSS y de las Repúblicas Federadas podrán aplicar las leyes extranjeras en la medida en que ellas no sean contrarias a los principios del orden soviético”; en el artículo 128 señala “La ley extranjera no será aplicada si su aplicación se encuentra en contradicción con los principios del régimen soviético”.

**SUECIA.-** La Ley sueca de sucesiones de 1937 establece “las reglas del Derecho extranjero manifiestamente contrarias a los fundamentos del orden jurídico del Reino no serán aplicables” y el 30 de mayo de 1985 el artículo 12 legisla “Una disposición de una ley extranjera no será aplicada, y una decisión judicial extranjera o un establecimiento de paternidad por un acto extranjero de reconocimiento no será válido en Suecia, si la aplicación de dicha disposición o el reconocimiento de la decisión o del establecimiento en cuestión so manifiestamente incompatibles con las bases del orden jurídico sueco.

**SUIZA.** El proyecto suizo de 1979 señala dos preceptos el artículo 17 que dice: “Orden Público 1.- Del Derecho suizo: 1) La aplicación de la ley extranjera está excluida cuando conduce a un resultado manifiestamente incompatible con el Orden Público suizo; 2) E igualmente cuando la aplicación de una regla del Derecho suizo se impone manifiestamente, teniendo en cuenta su fin y las disposiciones particulares en causa”; el artículo 18 prescribe: “2. De un país extranjero. A reserva del artículo 17, las disposiciones de otra ley distinta de la que designa la presente ley pueden ser aplicadas o tomadas en consideración cuando su aplicación se impone manifiestamente teniendo en cuenta su fin y que según la apreciación del Juez a) la causa está en relación suficientemente estrecha con esta ley extranjera b) los intereses a favor de la aplicación o de la

toma en consideración de esta ley son manifiestamente preponderantes y c) los intereses en favor de la aplicación de esta ley deben ser tenidos por legítimos, en razón de circunstancias del caso y de los fines perseguidos por esta ley”. Hoy la Ley Federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 –Código Civil para el distrito Federal 62° ed. Porrúa, 1993– establece en su artículo 17 “La aplicación de disposiciones del derecho extranjero se excluye si ella conduce a un resultado incompatible con el Orden Público suizo” y de otro lado el artículo 27.1 señala “El reconocimiento de una decisión extranjera debe ser rehusado en suiza si ella es manifiestamente incompatible con el Orden Público suizo”.

El artículo 18 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado señala que “las disposiciones imperativas del Derecho suizo serán aplicables en razón de su fin particular cualquiera que sea el derecho designado por la presente ley”.

El artículo 19 de la misma Ley Federal de Derecho Internacional Privado establece que “cuando los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes con relación a la concepción suiza del derecho lo exigen, una disposición imperativa de un derecho diferente al designado por la norma de conflicto puede ser tomada en cuenta cuando presenta una relación estrecha con el caso”.

**TURQUÍA.** La Ley de Derecho Internacional Privado y el procedimiento internacional num. 2675 del 20 de mayo de 1982 señala: “De la excepción de Orden Público. Artículo 5 Si la aplicación de una disposición del derecho extranjero a un caso determinado es manifiestamente incompatible con el Orden Público turco, esta disposición no se aplica; se aplicará el Derecho turco si ello se juzga necesario”.

**GRECIA.** El Código Civil griego de 1856 señala en su artículo 3: “las leyes relativas al Orden Público son obligatorias para todos en Grecia” y el artículo 8 dice: “no pueden ser aplicadas por los tribunales griegos leyes extranjeras de Orden Público que se refieren a instituciones jurídicas que no son reconocidas por las leyes griegas”.

El Código Civil griego de 1940 en su artículo 33 prescribe: “Reserva de Orden Público. Una disposición de ley extranjera no será aplicable si tal aplicación choca con las buenas costumbres o el Orden Público en general”.

El Código Civil piamontés de 1865 señala el artículo 11: “no obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, los actos y sentencias de un país extranjero y las disposiciones o convenciones privadas podrán derogar las leyes prohibitivas del Reino concernientes a las personas, bienes o actos, ni las leyes que afectan de cualquier manera al Orden Público y a las buenas costumbres”.

**HUNGRÍA.** El Decreto Ley húngaro de 1979 que en el artículo 7 titula “Inaplicabilidad del Derecho extranjero” 1.- Deberá descartarse la aplicación del Derecho extranjero si dicha aplicación es incompatible con el Orden Público húngaro; 2.- No podrá excluirse la aplicación del Derecho extranjero por el hecho de que el sistema socio-económico del Estado extranjero difiera del sistema húngaro; 3.- En lugar del Derecho extranjero descartado se aplicará el Derecho húngaro”.

**YUGOSLAVIA.** Se menciona aun a pesar de su desintegración como país su Ley de 1892 señala en su artículo 4: “No se aplicará el derecho de un Estado extranjero cuando sus efectos estuvieran en contradicción con los fundamentos del orden social establecidos por la Constitución de la R.S.F.Y”. Motivo de inaplicación de la ley extranjera cuando es contrario atentaría a la soberanía nacional.

**POLONIA.** La Ley polaca de 1926 en su artículo 38 cogió la fórmula del artículo 30 del BGB alemán de 1930. La ley polaca de 1965 sustituye a la de 1926 y en su artículo 6 indica: “No puede aplicarse una ley extranjera cuando su aplicación produzca efectos contrarios a los principios fundamentales del orden jurídico de la República Popular de Polonia”.

**PORTUGAL.** El Código Civil portugués de 1966 en su artículo 22 señala: “Orden Público 1.- No son aplicables los preceptos de la ley extranjera indicados por la norma de conflicto, cuando esa aplicación suponga ofensa a los principios fundamentales del Orden Público Internacional del Estado portugués; 2. Son aplicables, en este caso las normas apropiadas de la legislación extranjera competente, o subsidiariamente las reglas de derecho interno portugués”.

## **AMÉRICA**

**ARGENTINA.** Plantea como motivo de inaplicación la ley extranjera el ser incompatible su aplicación con el espíritu de la ley local.

El artículo 14 del Código Civil señala textualmente: “Las leyes extranjeras no serán aplicables:

- 1° Cuando su aplicación se oponga al Derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de los cultos, o a la moral y buenas costumbres;
- 2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de ese código(...).”
- 3° Cuando fueren de mero privilegio.
- 4° Cuando las leyes de ese código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

Al respecto Estanislao Zeballos ha señalado “que la misma tiene inspiración en los conceptos de la Constitución Argentina”.

De otro lado Ruchelli <sup>255</sup> afirma “Sabemos que el C.C. fue aprobado a “libro cerrado” pese a la protesta de algunos legisladores, por lo que no medió discusión acerca de la redacción del artículo 114 del Código Civil(...) Velez(...) tomo textualmente el artículo 5 del Proyecto de Código Civil para Brasil redactado por Freitas(...) reconoce la paternidad(...) del inciso primero del artículo 14 a la obra de Joseph Store(...) cuya inspiración no se ve desmentida por jurista brasileño(...) fue la legislación inglesa(...).”

---

<sup>255</sup> RUCHELLI. Op. cit. Pág. 44.

También Zevallos señala –según Ruchelli– su deseo que las demás legislaciones americanas siguieran por analogía el Código argentino cuando este en realidad responde al maestro brasileño –Freitas. A quien debe agradecérsele la solución adoptada: Noblesse oblige.

Se puede apreciar que contiene una característica especial de la consecuencia jurídica de la norma indirecta, ya que se limita al supuesto de negocios jurídicos; además se basa en otros principios. Por ello en referencia al Orden Público –como lo hacen los artículos 4 de los Protocolos adicionales– no implica una al favor negotii “favor al negocio”.

No obstante el artículo 9 declara que las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales.

El Orden Público también aparece en el artículo 949 que somete a la ley argentina la capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener.

Asimismo aparece en los artículos 1206 a 1208; también la solución dada al caso planteado en la nota al artículo 1792 radica en la noción del Orden Público.

La Ley Matrimonial a su vez contempla el Orden Público tanto en su artículo 2 cuando condiciona la aplicación del Derecho Extranjero al cumplimiento de los impedimentos dirimientes del artículo 9; asimismo en su artículo 3 somete los efectos personales del matrimonio residente en la Argentina a la ley argentina.

Por el contrario el artículo 953 del C.C.A. en nada atañe el Orden Público en el Derecho Internacional Privado.

El Código Procesal argentino en su artículo 517 inc. 4 establece que la sentencia extranjera no debe afectar los principios de Orden Público del Derecho argentino. Son los principios de Orden Público que controlan la



aplicación del derecho extranjero en la norma de conflicto. No cabe una revisión sobre el fondo del pronunciamiento extranjero, tampoco es el caso cuando el juez extranjero aplicó derecho material argentino, la decisión es revisable por vía de reconocimiento o exequátur; tampoco procede revisar las normas de conflicto aplicadas por el tribunal extranjero. Así, no es condición de reconocimiento que se haya aplicado las normas conflictuales argentinas, si requerir la aplicación de normas de conflicto aplicadas por el Juez que la dictó. No son revisables además, la calificación de la controversia, las cuestiones previas, y la interpretación, integración y aplicación de las normas de conflicto aplicadas por el Tribunal extranjero. Ni se necesita reciprocidad para el reconocimiento.

El control es atinente a la solución material de la controversia en cuanto a su eficacia o ejecución en el país estrictamente de lo que resulta que es necesario una comparación sustancial entre aquella solución y el espíritu del derecho argentino, lo que significa que no se podría dar una solución extranjera contraria a la norma de aplicación exclusiva del foro.

En este caso se establece una revisión de fondo para cuanto aplicó las normas de conflicto materiales o de policía del Derecho Internacional privado argentino debiéndose respetar esta norma de jurisdicción argentina.

En el caso que se pretendiese imponer solución contraria a la ley argentina aplicable en materia del artículos 604 de la ley 20094 se debe sustituir la solución foránea por la solución argentina.

**BRASÍL.** Señala como motivo de inaplicación la ley extranjera cuando es contrario atentaría a la soberanía nacional.

El Esboco de Freitas incorporó un precepto del tenor francés el artículo 17.

**COLOMBIA.** En su Código Civil el artículo 16 dice: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

**COSTA RICA.** En su Código Civil el artículo 2 dice: “Las leyes en que está interesado el Orden Público obligan a los habitantes y aun a los transeúntes en el territorio de Costa Rica”.

**CUBA.** Se rige por el texto del artículo 11-3 del Código Civil español de 1889 que dice: “No obstante, lo dispuesto en este artículo y en el anterior las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

**GUATEMALA.** Su Ley del 25 de enero de 1936 en su artículo 23 determina: “Las leyes, los documentos, las sentencias de países extranjeros y las disposiciones y convenciones particulares no producirán efectos si son contrarias a la soberanía nacional, a las leyes y al Orden Público”.

**HAÍTÍ.** Se establece una redacción similar a la de Costa Rica en su artículo 5 de su Código Civil del 27 de Marzo de 1825.

**HONDURAS.** Su Código Civil del 22 de Enero de 1906 en su artículo detalla “Las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación sea incompatible con el Derecho público hondureño, con la moral o las buenas costumbres” es inaplicable la ley extranjera cuando es contrario atentaría a la soberanía nacional.

El Esboco de Freitas incorporó un precepto del tenor francés artículo 17

**MÉXICO.** El artículo 15-2 del Decreto num. 1 del 11 de Diciembre de 1987 señala que “el Derecho Extranjero no será aplicable(...). 2.- Cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarias a los principios o a las instituciones fundamentales del Orden Público mexicano. En el artículo 606-7 correspondiente al Exequátur del Código de Procedimiento Civil del distrito Federal –reformado por el Decreto núm. 2 del 11 de Diciembre de 1987– establece que para que una sentencia extranjera sea

ejecutada tiene que ser con la siguiente condición: “Que la obligación cuya ejecución se demanda no sea contraria al Orden Público en México”.

**NICARAGUA.** Señala iguales términos que el Código Civil argentino añadiendo “las leyes prohibitivas artículo VIII”.

**PARAGUAY.-** Se introdujo por Ley del 27 de Julio de 1889 del Código Civil argentino.

En el Código Civil de 1985 el artículo 22-1 alude a “leyes de Orden Público, la moral y las buenas costumbres”.

**PUERTO RICO.** Se rige por el texto del artículo 11-3 del Código Civil español de 1889 que dice “No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes y las que tienen por objeto el Orden Público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

**REPÚBLICA DOMINICANA.** Su Código Civil prescribe en su artículo 6: “Las leyes que interesan al Orden Público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares”.

**URUGUAY.-** El artículo 2404 del Código Civil señala: “En nuestro país no se aplicarán, en ningún caso, las leyes extranjeras que contradigan los principios esenciales del Orden Público”.

**VENEZUELA.** La Gaceta Oficial del 6-8-1998 prescribe en su artículo 5: “Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero no producirán efectos en Venezuela cuando contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, cuando el derecho venezolano reclame competencia exclusiva o sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del Orden Público venezolano”. El artículo 8 señala: “El derecho extranjero no será aplicado cuando produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del Orden Público venezolano”.

El artículo 9 establece: “Cuando el derecho extranjero declarado aplicable establezca instituciones o procedimientos desconocidos en el derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos. El artículo 10 finalmente indica: “Se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del derecho venezolano.

## **ÁFRICA**

**ARGELIA**. La ordenanza argelina de 1975 en su artículo 24 señala: “La aplicación de la ley extranjera, en virtud de los artículos precedentes, se incluye si es contraria al Orden Público o a las buenas costumbre en Argelia”.

**EGIPTO**. El artículo 28 del Código Civil señala: “La aplicación de una ley extranjera en virtud de los artículos precedentes queda excluida si es contraria al Orden Público y a las buenas costumbres en Egipto”.

**MALGACHE**. El artículo 27 de las disposiciones transitorias de Derecho Interno y Derecho Internacional Privado del 19 de Septiembre de 1962 siguiendo la fórmula francesa se establece: “Las Leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan el territorio” y el artículo 9 de Derecho Interno señala: “No se pueden derogar por acuerdos particulares las leyes relativas al Orden Público y las buenas costumbres”.

**GABÓN**. En el artículo 35 del Código Civil del 29 de Julio de 1972 señala: “Cuando alguna de las condiciones de validez de un matrimonio, normalmente regidas por una ley extranjera, son contrarias al Orden Público, el matrimonio solo podrá ser celebrado en el Gabón si se cumplen las condiciones de validez previstas en el presente código”.

**TOGO**. El Código de Togo que es la Ordenanza num. 80-16 del 31 de enero de 1980 señala que aplicable la ley del foro en caso de Orden Público.

**SENEGAL.** El código de Familia en su artículo 851 señala que aplicable la ley del foro en caso de Orden Público.

## **ASIA**

**IRAK.** Rel. artículo 32 de su Código Civil del 03 de Junio de 1951 determina: “La aplicación de la ley extranjera en virtud de las disposiciones anteriores se excluye cuando esta va contra el Orden Público y de las buenas costumbres de Irak”.

**EMIRATOS ARABES UNIDOS.** El Código de Transacciones Civiles de 1985, en su artículo 27 señala “La aplicación de la ley extranjera en virtud de los artículos precedentes, será excluida si se encuentra contraria al derecho musulmán, al Orden Público o a las buenas costumbres”.

**JORDANIA.** Su Código Civil de 1976 en el artículo 129 señala: “La aplicación de la ley extranjera, en virtud de los artículos precedentes, será excluida si ella es contraria al Orden Público o las buenas costumbres en el Reino hachemita de Jordania”.

**YEMÉN DEL NORTE.** La Ley Núm. 10 del 12 de Abril de 1979 vigente desde el 30 de Abril del 1979 establece en el artículo 35: “La aplicación de la ley extranjera en virtud de los artículos precedentes será excluida si encuentra contraria a las normas del derecho musulmán y a las buenas costumbres en la República”.

**YEMÉN DEL SUR.-** El artículo 39 señala: “Orden social yemení. La aplicación de la ley extranjera en virtud de los artículos precedentes será excluida si ella se encuentra contraria al orden social en la República democrática popular del Yemén”.

**CHINA.** EL Código Civil del 12 de Abril de 1986 que rige desde el 01 de enero de 1987 en su artículo 50 señala: “La aplicación de las leyes extranjeras o de la costumbre internacional conforme a las disposiciones del presente capítulo no debe atentar a los intereses públicos y sociales de la República Popular de China”.

#### **Cap. IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

En la presente investigación se ha actuado con arreglo al método diacrónico y sincrónico actuándose desde la historia de la institución jurídica del “Orden Público” hasta su imbricación con el contrato internacional para lograr una densa y pública situación de los distintos sectores de la educación nacional estableciendo distintos criterios de ordenación de ambas instituciones estableciendo un criterio de análisis que permita entender que definitivamente el contrato no tiene una naturaleza “divina” o “revelada” sino que debe también ser sujeto de limitaciones y restricciones a los aspectos libres que tiene y que lógicamente necesitan de un mayor y detallado estudio de los criterios de análisis.

De otro lado debe anotarse que no hemos sido reacios a ningún método que se conozca por cuanto somos fervientes creyentes en la libre investigación y por ende no descartamos del uso de los más variados mecanismos para la averiguación en cualquiera de los temas que podamos efectuar una aclaración según cada uno en cuanto a su naturaleza.

Difícil es decirlo pero debemos asumir el reto de señalar que cuando estamos frente a investigación es nuestra base gnoseológica formada por el socio-empirismo que es donde hemos recibido nuestra mayor formación sin embargo debemos que en la presente investigación hemos utilizado la investigación de índole formal y de carácter valorística por cuanto es la que más se adapta a la temática que tenemos entre manos y que lógicamente permite estudiar mejor el asunto.

También se debe indicar que trabajar en materia de Derecho Internacional Privado es encontrar los mayores puntos de contacto de todos los elementos de desarrollo de esta materia en la cual se establece que es necesario encontrar los distintos mecanismos de solución a los problemas que presentan la conjunción de los ordenamientos jurídicos existentes en el mundo; el Derecho en el Perú se encuentra establecido por el estudio de los más

importantes mecanismos que podamos tener en el ámbito del mundo, y es que el Orden Público es problema cuya respuesta no se puede dar a partir del convencionalismo del positivismo jurídico sino a partir de una gran influencia de la Nueva Filosofía de la ciencia que resulta ser ad hoc para explicar este concepto.

Finalmente, se encuentra disponible el hecho que se ha usado un mecanismo de amplia investigación para lograr usar todos los métodos que se nos ha ofrecido hasta ahora permitiendo que podamos ubicar los variados conceptos de la realidad; ahora definitivamente dentro de ese marco hemos realizado el acogimiento de la jurisprudencia para realizar los distintos aspectos de carácter nacional que nos permite efectuar una disyuntiva de carácter más puntual de todo lo que sucede en la realidad nacional.

#### **IV-1. HIPÓTESIS**

El presupuesto es que ante la ley del Estado el juez debe limitarse a un leal cumplimiento, cualquiera sea la opinión que su justicia y oportunidad la merezcan, respecto a la ley extranjera está obligado a una labor valorativa cuyo resultado puede conducirlo a declararlo inaplicable por su oposición al Orden Público de su patria. La doctrina se muestra unánime en reconocer la necesidad de esta valoración judicial, puesto que es imposible una previsión anticipada de todos los casos de Orden Público, en que, como consecuencia de ella, el juzgador puede descartar la ley extranjera normalmente aplicable.

De otro lado se puede manifestar como peligrosa la facultad de los tribunales, naturalmente inclinados a seguir el camino del menor esfuerzo, la aplicación de sus propias leyes materiales.

Ante esta doble arista de la realidad, entonces nace la idea de cómo debe remediarse la misma.

Inicialmente los estudiosos consideraban que la diferencia radical entre las legislaciones iba a desaparecer con el hecho que la civilización europea se

aplicara en otros continentes siendo que la cláusula de reserva redujera cada vez más su esfera de aplicación, haciendo con recubrimiento del Derecho Internacional.

Se da en realidad que los regímenes nacionalistas alemán y el soviético han resultado inaplicables en bastantes materias por jueces de países poseedores de otros sistemas morales y jurídicos. Persiste también la diferencia entre los estados que basan el matrimonio en el carácter civil y en la disolubilidad del vínculo y los inspirados en la sacramentalidad e indisolubilidad.

La economía es cada más predominante en los negocios jurídicos, en tal situación no hay que pensar que el Orden Público tienda a desaparecer.

Cabe entonces no aplicarlo en casos extremos cuando la inaplicabilidad del Derecho extranjero sea absolutamente necesaria graduar sus efectos, dejando a salvo siempre que se pueda los derechos adquiridos.

Y actualmente la contratación internacional viene siendo una forma de dejar de lado todos los aspectos de cuidado de la trasgresión de los principios del derecho interno del Estado y no solamente de estos sino que también debió entenderse que es necesario tener en cuenta que todos los operadores judiciales tienen o deben tener presente que el Orden Público es una limitación dentro del ámbito interno, pero también en el ámbito de confluencia del Derecho extranjero en general.

En el otro extremo se ha dicho que una de las mayores dificultades para la permisibilidad de la contratación internacional lo constituye, sin lugar a dudas el desprestigio —justificado o no— que ha acompañado a lo largo del siglo XX a la regla de conflicto —técnica normativa no privativa, pero si muy característica del Derecho Internacional Privado— como procedimiento idóneo para disciplinar el trafico mercantil internacional, de las innumerables críticas se halla la de ser de carácter nacional de la misma y sobre todo la tendencia de los tribunales nacionales a aplicar su propia ley material.



Al efecto debe tomarse en cuenta el desarrollo de Lex Mercatoria, la codificación estatal del siglo XIX y finalmente la ofensiva doctrinal contra la norma de conflicto precisamente en defensa de los intereses de la promoción de la contratación internacional.

Es pues la forma cómo se pretende signar un camino hacia la apertura del sistema jurídico nacional y su absoluta cobertura por reglas del mercado a merced de la influencia de los intereses de las sociedades capitalistas extranjeras, en desmedro de las oportunidades de las sociedades capitalistas nacionales.

#### **IV-2. VARIABLES**

Se establece que las principales cuestiones ha dilucidar son el Contrato internacional y su imbricación con el Orden Público en general.

Contrato Internacional.- que resulta ser el contrato donde aparece algún elemento jurídico extranjero relevante.

Orden Público en general.- Que es una institución jurídica encargada de realizar el control del ingreso de manifestaciones de Derecho extranjero contrario al sistema jurídico del foro.

## Cap. V. ANÁLISIS Y DESARROLLO DEL TEMA DE LA TESIS

### V-1 CLASES DE ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONA PRIVADO

#### - Orden Público interno y Orden Público internacional

El italiano Esperson en 1868 planteó la existencia de un Orden Público internacional y de Orden Público interno (cit. por Aguilar Navarro<sup>256</sup>) en Suiza Brocher plantea la distinción entre las leyes de Orden Público interior – aplicables solo cuando se aplique derecho interno del foro– y las de Orden Público Internacional, siendo las últimas las que determinan los principios de orden superior –cuya aplicación exige imperativamente de las reglas del Derecho Internacional Privado del país de las que cada soberanía debe estimarse obligada no solo a reclamar el respeto a las mismas en su propio territorio, sino también excluir en esto toda influencia de la ley extranjera que puede ordenar lo contrario, se tratan de las leyes que prohíben la esclavitud, la muerte civil y otras instituciones análogas condenadas en el territorio como cuestiones que no deben ocurrir en ningún Estado del mundo y tampoco en ninguna circunstancia .

Textualmente habló de *Lois d'ordre public interne*, y de *lois d'ordre public international* (V. su Nouveau traite, 1876, num. 141 y Cours de droit international privé París 1,882 t. I, Introduction général y Sección 3º num 44).

GESTOSO TUDELA ha señalado la importancia de distinguir entre Orden Público internacional y Orden Público interno estableciendo la diferencia con bastante claridad “Reducido y limitado (...)el dominio y campo de posible aplicación de la excepción de Orden Público al puro Derecho privado, la actuación más importante realizada en este proceso de fijación, reducción y

<sup>256</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 349, Vol II V.II principio di nacionalita Pavia 1868. Pág. 5 nota 1, cit. Por Graulich en op. cit. Pág. 57 nota 10 cit.

eliminación de la noción de Orden Público, ha sido la distinción entre Orden Público interno y Orden Público internacional. Orden Público interno y Orden Público externo, semejante a la de Frankenstein entre Orden Público absoluto y Orden Público privado(...)" Y agrega "(...)el más ligero examen de cualquier ley o cuerpo legal descubrirá la diferencia esencial entre aquellos mandatos o disposiciones imperativas o prohibitivas que han sido dictadas solo para los súbditos en cuya presencia puede perfectamente ser aplicada una ley extranjera competente, aun siendo de sentido contrario –Orden Público interno– de aquellas otras de carácter absoluto o para todos, que no toleran la aplicación de una ley extranjera de sentido contrario –Orden Público internacional–. No hay más que comparar entre sí los artículos 752, 754, 1255, 1325 –se refiere Texto antiguo– y 1459 del Código Civil español <sup>257</sup>.

Se debe tener presente que el Orden Público interno (Nacional) puede ser también de la incorporación de las convenciones internacionales de Derechos Humanos, que los jueces nacionales, deben cumplir imperativamente.

Martin Wolf, escribe que el Orden Público internacional encierra lo opuesto de lo que busca pues se refiere a un Orden Público nacional que resulta efectivo en la esfera internacional.

El Orden Público internacional –es negativo, supone una ley que se opone a la eficacia de la ley extranjera, obligando a nacionales y extranjeros– tiene su origen en la contraposición al Orden Público interno reservado al estricto derecho interno, está referido a un determinado sistema legislativo, obliga tan solo a los nacionales impidiendo la aplicación de leyes extranjeras, dado su carácter positivo.

Se da cuando las normas del Derecho local del tribunal deben ser usadas inexorablemente y automáticamente con preeminencia sobre cualquier disposición extranjera; estamos frente a normas imperativas, es decir, estas legislan sobre materias de Orden Público internacional.

---

<sup>257</sup> Código Civil español antiguo que es el más solícito en cuanto se refiere a la institución del Orden Público Internacional.

Dándose el caso que si el juez aplica una norma imperativa, no llega a averiguar el contenido del Derecho extranjero pertinente a la causa por la norma de derecho conflictual, pues debe usar su propia "*lex fori*".

Puede darse la posibilidad que la norma extranjera pertinente solucione el conflicto de la misma forma que la norma imperativa propia del juzgador, pero el legislador no estimado es conveniente pasar por el riesgo de dejar librado a los tribunales la decisión de la compatibilidad del Derecho extranjero con lo que se estima intereses inalienables de la comunidad.

Estableciéndose que el legislador hace a un lado la ley extranjera y prescribe cómo solucionar el conflicto. Es una norma directa y no de colisión. Normas que aparecen con la intervención directa del Estado en materias de diversa índole, sociales y económicas. Se les denomina también leyes de policía y las leyes de aplicación necesaria.

Goldschmidt refiere que las normas rígidas expresas<sup>258</sup> –las define como restos de la concepción precursiano según la cual la totalidad de derecho material era rígido porque no se concedía al derecho material extranjero extraterritorialidad –No existía aun Derecho Internacional Privado– las leyes de policía son distintas de las normas rígidas expresas, pues las mismas son de Derecho público extranjero.

La doctrina de la leyes de policía se da, en la Convención de La Haya sobre el Derecho aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación del 14 de Marzo de 1978. El artículo 16 dice que pueden ser aplicadas disposiciones imperativas de cualquier Estado con el que la situación presente una relación efectiva. En ambos casos el Orden Público internacional funciona aquí sustitutivo del Derecho extranjero e interviene a priori.

---

<sup>258</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. "El Orden Público Internacional en el Derecho Internacional Privado". 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Págs.109-889.

La diferencia entre las normas rígidas y las normas de policía se halla en su naturaleza no en su función, y es consecuencia de que ambos grupos de leyes sustituyen al Derecho extranjero aplicable al caso en forma imperativa.

NIBOYET<sup>259</sup> censura la terminología de “Orden Público internacional” diciendo: “Esta expresión evoca la idea de un orden común a las naciones, constituyendo una verdadera regla de derecho de gentes. En este sentido puede decirse que la piratería, la trata de esclavos o el contrabando son contrarios al Orden Público internacional. Pero hemos visto que el Orden Público, a nuestro juicio, es por el contrario, esencialmente nacional. LEINHARD ha señalado “que solo existe un Orden Público, esencialmente nacional, destinado a salvaguardar la legislación del Estado”. Es también para NIBOYET<sup>260</sup> que la división entre Orden Público absoluto –relaciones internacionales– y Orden Público relativo –relaciones internas– una taxonomía impropia y dice “donde quiera que se manifieste el Orden Público, sea en materia interna o internacional, siempre es absoluto sus efectos. La Expresión de Orden Público relativo no corresponde, pues, a lo que debe exigirse de su intervención”.

Se dice que no existen dos órdenes públicos sino uno solo para nacionales y extranjeros, por ello los autores alemanes usan VORBEHALTSCHAUSEL, palabra que equivale a “cláusula de reserva”.

En lo referente a la eficacia del Orden Público en el ámbito interno y en el ámbito internacional, LAZCANO<sup>261</sup> dice: “El Orden Público funciona en el Estado respecto a su propia ley y se forma por reglas imperativas que abarcan a nacionales y extranjeros, domiciliados y transeúntes. Ellas no son derogables mediante convenciones, porque salvaguardan intereses supremos, fundados en el orden social y las buenas costumbres.

En cambio, en el ámbito internacional el Orden Público resulta obligatorio para los nacionales y extranjeros, pero se integra por medio de las leyes de “policía

---

<sup>259</sup> NIBOYET. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 409.

<sup>260</sup> Ob. cit. Pág. 410.

<sup>261</sup> LAZCANO, Carlos Alberto. “Derecho Internacional Privado”. Editora Platense. Buenos Aires, Argentina. Págs. 157-167.

y seguridad” aplicables a todos los habitantes del país y encara directamente intereses colectivos; en un conflicto que se origina y se da entre estos últimos y los particulares, predominan los primeros, porque el Estado tiene derecho a su propia preservación, no solo contra la autonomía de la voluntad en el ámbito local, sino también contra la invasión de un ordenamiento extranjero. De ahí que rechace las leyes extrañas que ataquen las bases de su propia organización. Las leyes de Orden Público interno resultan de interés más que nada individual, mientras que las de Orden Público internacional son de interés general”. Y agrega “al decir Orden Público internacional se habla de un contacto legislativo entre la ley llamada a regir la relación y los principios que son obligatorios para el Juez ante quien se la invoca. Pero ciertos principios solo impiden la acción privada y no la aplicación de la ley extraña”.

PILLET, indica que el Orden Público es uno, como restricción a la aplicación del derecho extraño y siempre nacional en su función interna local.

VICO, plantea que el Orden Público es un género que tiene dos concepciones, en muchos casos el Orden Público local no funciona para la aplicación de leyes extrañas, resulta más estricto que el Orden Público internacional, porque se aplica a más casos que este.

GOLDSCHIMDT<sup>262</sup> Señala que “la aplicación del Orden Público produce siempre un efecto doble: elimina al derecho extranjero nocivo y lo sustituye por el derecho inofensivo. El carácter positivo o negativo de la situación se encuentra en relación inversa al carácter negativo o positivo del Derecho extranjero descartado”. También se señala que tiene las reglas de Orden Público especiales, intervienen luego de un examen comparativo entre la ley aplicable y la ley del foro, sin embargo, su aplicación no es impeditiva de la aplicación de la excepción general de Orden Público en caso concreto.

Debiéndose de anotar en este extremo que el Derecho público extranjero paraliza la aplicación de la excepción de Orden Público, así cuando el juez

---

<sup>262</sup> GOLDSCHIMDT, Werner. “Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado”. Ediciones Desalma. Bs. As., Argentina. Pág. 477.

penal ha de someter un hecho punible realizado en el extranjero al principio de la doble incriminación o reconocer el efecto absolutorio de la decisión ya pronunciado por un juez extranjero no se podría señalar que la ley penal extranjera que no incrimina el hecho castigado por la *lex fori* ni la decisión absolutoria del inculcado con contrarias al Orden Público.

Ocorre que cuando el deudor invoca el efecto liberatorio del hecho del príncipe extranjero, el tribunal donde acude el acreedor no puede invocar la excepción de Orden Público para descartar el efecto del acto administrativo que ha impedido efectivamente al deudor cumplir su obligación o también en el supuesto que un propietario de un predio ubicado en el extranjero no puede obtener el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato por cuanto el inmueble ha sido quitado al deudor por las autoridades territoriales, si el despojo es una confiscación y que este sea atentatorio contra el Orden Público no es impedimento para liberar al deudor de la obligación.

El Orden Público interno se desenvuelve dentro del Derecho privado de cada país y se refiere a aquellas normas que no pueden ser derogados por los acuerdos particulares. Por el contrario el Orden Público internacional hace relación a la inaplicación de las normas extranjeras, que siendo originariamente aplicables, pudieran vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

CASTÁN Y TOBEÑAS<sup>263</sup> establece una distinción entre Orden Público interno y Orden Público internacional: “El primero se desenvuelve dentro del ámbito del Derecho privado de cada país, es obligatorio para todos los ciudadanos, comprendiendo aquellas leyes que no pueden ser derogadas por convenciones de los particulares, que no impiden que puedan ser derogadas por convenciones de los particulares, que no impiden que puedan disciplinarse con criterio las relaciones jurídicas entre extranjeros. El segundo, esto es, el Orden Público internacional afecta a ciudadanos extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no

---

<sup>263</sup> CASTAN y TOBEÑAS. “Derecho Civil de España”. Tomo 1. Volumen 1. 1962. Pág. 505.

permiten que pueda establecerse, sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros”.

## **V-2. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNO**

La distinción más elemental es la que contrapone el Orden Público interno con el Orden Público internacional, la cual con el tiempo a ido adquiriendo características bastantes diferenciadas; así el primero podía haber quedado en la esfera jurídica nacional dejando al Orden Público internacional en las esferas supranacionales; en Italia se planteó y se elaboró el concepto de Orden Público deliberativo que se aplica con relación al reconocimiento de las sentencias extranjeras.

VALERY planteó la existencia de 4 clases de Orden Público:

Personal.- Se aplica en función de la condición indígena de la persona.

Territorial.- Por la localización.

Personal y Territorial.- Al unísono.

Absoluto.- Defensa de la moral de los principios fundamentales.

LOUIS LUCAS planteó la existencia de 3 clases de Orden Público.

General.

Especial.- para las nacionalidades; y

Aplicables a los extranjeros.

El debate se enrumbo por suscitar la preocupación de determinar la relación entre el Orden Público y el derecho natural y a su vez afianzar la perspectiva territorial.

También F. LATTANZI (en Revista D.I. 1974) contrapone un Orden Público absoluto –aplicable sin tener conexión con el derecho del Foro– y un orden público relativo –en el que se exige la conexión con el Foro– se establece una relación con exigencias de la sociedad internacional del actual Derecho

---



Internacional para identificar el Orden Público absoluto – que se trabaja en el ámbito de relación del Derecho Internacional Privado con el Derecho internacional.

#### **a) Orden Público Interno**

Inicialmente se le alude a la limitación que en materia de contratos de autonomía de la voluntad se imponía por el *Jus cogens*, luego se quiso expresar a través del que afectaba a los indígenas pero no ya a los extranjeros se hubiera dado un paso más el Orden Público interno se hubiera quedado en el ámbito jurídico nacional. Sperdutti, señaló que una posición más compleja y más reciente en el Orden Público interno representaría la imposición de aquellas normas que el ordenamiento del foro considera como inderogables, normas vigentes con una especial reserva de aplicación.

El tratadista Brocher (Suiza), fue uno de los que estudió las diferencias existentes entre ambas instituciones jurídicas, estableciendo que el Orden Público Interno es aquel que en cada país las leyes que se ocupan del Estado y capacidad de las personas son de Orden Público interno, desde el momento en que se imponen al respeto de los nacionales y se prohíbe toda estipulación en contrario.

Dichas normas son vinculantes para con sus nacionales de manera exclusiva, aun cuando la voluntad de sus integrantes sea distinta, no valdrá pacto en contrario, bajo apercibimiento de ser nulo cualquier acto en ese sentido.

Estas leyes no pueden ser ignoradas por la autonomía de la voluntad, siendo solo obligatorias para los nacionales de un país, aun cuando se encuentren fuera de territorio patrio; y son de Orden Público, por su carácter e interés general.

El Orden Público aquí (Orden Público interno) funciona en el Estado respecto a su propia ley y se forma por reglas imperativas que abarcan a nacionales y extranjeros, domiciliados y transeúntes. No son derogables mediante

convenciones, porque salvaguardan intereses supremos, fundados en el orden social y las buenas costumbres.

El Orden Público interno<sup>264</sup> otorga normas que son absolutamente obligatorias en el territorio de un Estado. Estas normas exigen o prohíben de un modo inexcusable, ante determinados supuestos, la puesta en marcha de ciertos actos u omisiones, estas no pueden ser, de ninguna manera de dejar de ser cumplidas por particulares o por el mismo Estado. Ejemplo de ello puede ser: la plena capacidad civil que se alcanza a determinada edad, los procedimientos exigibles para contraer matrimonio, la celebración de un contrato de compra-venta de inmueble, o el de testar.

Podría decirse que las leyes de Orden Público interno resultan de interés más que nada individual.

La reacia territorialidad del Orden Público Interno, no es óbice para poder permitir convalidar ciertos actos realizados o derechos adquiridos de acuerdo a normas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos positivos y dentro del ámbito espacial comprendido por estos siempre que las diferencias regulativas existentes entre ambas se refieran solo a aspectos formales de una institución considerada de Orden Público. Es decir, no puede considerarse fracturado el equilibrio del Orden Público interno del Estado Peruano, cuya legislación prevé de modo riguroso que la capacidad civil se alcanza a los 18 años cuando, para la realización de un acto jurídico dentro del territorio de ese mismo Estado, se admite y convalida la capacidad adquirida por una persona domiciliada en el Estado y, cuya legislación establece que aquella se alcanza a los 20 años.

Un fundamental principio de orden y de seguridad jurídica exige admitir la validez formal y material de los actos realizados o los derechos adquiridos de conformidad con las leyes extranjeras, aun cuando estas organicen y regulen de distinto modo las instituciones consideradas de Orden Público por una comunidad, siempre que la estructura social de esta no resulte afectada de una manera directa y esencial.

---

<sup>264</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Pág. 131.

De esta manera, un juez está facultado a convalidar actos realizados o derechos adquiridos en función de leyes extranjeras que regulan de distinto modo a un mismo instituto jurídico.

Algunos tratadistas arguyen a este tipo de Orden Público, como de **Orden Público relativo**, por cuanto se trata relaciones internas.

### **b) Orden Público Internacional**

Se presenta como una excepción a la aplicación de las normas materiales extranjeras como una *negative allocation* (Wengler).

Las leyes de Orden Público internacional son de interés general; y, constituye el verdadero núcleo esencial del Orden Público de una comunidad jurídicamente organizada. Aun cuando tiene una función limitativa más absoluta, puesto que impide incluso esta la convalidación a la que nos referimos líneas arriba.

Las leyes de un Estado que instituye el matrimonio monogámico prohíben de un modo absoluto a los jueces la aplicación de las leyes de otro Estado que admite el matrimonio poligámico, por cuanto si aplicasen estas últimas, quedaría destruido el equilibrio de la propia organización social.

Aquí (el Orden Público internacional) resulta obligatorio para sus nacionales y extranjeros, integrándose por medio de las leyes aplicables a todos los habitantes del país y encara directamente intereses colectivos: en un conflicto entre estos últimos (intereses colectivos) y los particulares (intereses extranjeros), predominan los primeros, porque el Estado tiene derecho a su propia preservación, no solo contra la autonomía de la voluntad en el ámbito local, sino también contra la invasión de un ordenamiento extranjero. De ahí que rechace las leyes extrañas que ataquen las bases de su propia organización.

Algunos tratadistas toman este orden como uno de tipo **absoluto**, por cuanto se trata de relaciones internacionales.

Al respecto, encuentro esta clasificación impropia, por cuanto donde quiera que se manifieste el Orden Público en sí, en materia interna o internacional, **siempre es absoluto en sus efectos**.

No debe entenderse como dos órdenes públicos, sino uno solo para nacionales y extranjeros, tal como toma la doctrina alemana esta situación, con la llamada “*Vorbehaltsschaukel*”, que significa “*Cláusula de Reserva*”, que es una válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos.

### **Diferencia entre el Orden Público Interno y el Orden Público Internacional**

Dice Goldschmidt “el término –Orden Público interno– se presta a confusiones porque significa más o menos, según que lo enfrentemos con el Orden Público internacional o con la autonomía de las partes”. Se trata del efecto del Orden Público interno que limita el principio de la autonomía de la voluntad entre los miembros del mismo Estado, funcionaría siempre como un conjunto de disposiciones, en tanto que cuando se hablara de efecto Orden Público internacional se hablaría de un conjunto de principios que afecta el espíritu de la legislación. En el primer caso podría en consecuencia valorarse a priori, en tanto que la importación del Derecho extranjero, siempre debería ser valorado a posteriori, que tiene sentido luego que Brocher hiciera la distinción del Orden Público interno y el Orden Público internacional.

Ruchelli Afirma<sup>265</sup> en su propia argumentación “de la obra de Savignana, se desprende (...) la doble posibilidad en cuanto a efectos.

Las normas positivas de naturaleza rigurosamente obligatoria, cumplirían las funciones de “Orden Público interno” mientras que la importación de la “institución desconocida”, trae aparejada la existencia del “Orden Público internacional”.

---

<sup>265</sup> RUCHELLI, “Orden Público”. Abeledo Perrot. Buenos. Aires. Argentina. Pág 172.

Se asume que los dos efectos del Orden Público deben ser considerados “a posteriori” ; en lo referente al Orden Público interno, se informan a partir de la carta fundacional, que reconoce el “interés general” el mismo que es un elemento de la mayor entidad, por lo que se columbra que ambos efectos operativos se hacen a posteriori.

Siendo que su nacimiento AB-initio es la constitución; los principios normativos propios de los diferentes “ámbitos” del Estado.

El Orden Público interno” cuyo ámbito de aplicación funciona entre los límites mínimo y máximo admitidos para las reglamentaciones de los derechos y garantías individuales recogidas en las cartas fundacionales para las relaciones de derecho. En lo referente al “Orden Público internacional” resulta ser la defensa esgrimida por el interés general ante la posibilidad de interpenetración de un derecho extranjero que lesione a esos derechos y garantías establecidas en las cartas fundacionales.

Si consideramos en atención a la jerarquía de conceptos lo más importante para el Derecho Internacional Privado el “ Orden Público interno” está hecho por las disposiciones que no pertenecen al Orden Público internacional no pudiendo percibirse de alguna manera las diferencias que pudieran existir entre otras aristas respecto a este tema. Lo que conlleva a establecer que existe un “Orden Público interno en sentido amplio” de allí que dentro de nuestro sistema jurídico peruano se puede plantear que desde la orilla de la “autonomía de la voluntad” podríamos señalar que encontramos:

Preceptos derogables por la autonomía de las partes, al cual se le denomina el derecho dispositivo— en razón de hallarse las disposiciones al arbitrio de las partes o subsidiarias o supletorias y el sector que no son derogables a las que también se les denomina “derecho coactivo” pero también “Orden Público” lo cual quiere decir que estamos ante el “Orden Público en sentido restringido” pues a diferencia del Orden Público en sentido amplio que comprende derecho coactivo más derecho dispositivo abarcando solo al primero por lo que hay que suponer que el sentido del Orden Público interno está en la orientación del

Orden Público en sentido amplio; pues absorbe cuantas disposiciones resulten derogables por derecho extranjero, lo sean o no lo son por la autonomía de las partes.

Se ha señalado de otro lado el concepto de Orden Público internacional, para indicar que el Orden Público tiene su raigambre en las concepciones de la comunidad internacional.

Asimismo, se debe indicar que la doctrina dicotómica jusprivatista en general considera el Orden Público internacional como objeto específico de Derecho Internacional Privado, lo cual significa que debemos abordar el tema partiendo de que es en realidad el impedimento de aplicación del Derecho extranjero. La orientación monista no contradice este principio, solo le otorga un alcance distinto, siendo que existe normas que son de Orden Público internacional.

El Orden Público internacional puede caracterizarse sus disposiciones como tales considerándolas en sí mismas sin que preocupe en lo más mínimo lo que se digan en otros horizontes jurídicos. Sin embargo hay que establecer que cuando se establece que el Orden Público internacional es un conjunto de disposiciones, estamos ante la aplicación a priori significando total independencia del Derecho extranjero; lo cual no puede ser óbice para indicar la dificultad para encontrar un criterio operativo y exacto para saber qué disposiciones están conglobadas en el Orden Público internacional; se puede asegurar que deberán ser las más importantes las que conciernen a la comunidad de manera más vital.

De tal manera que estamos en la posibilidad que todo punto de conexión estaría siempre acompañado por una conexión al Orden Público, que deberá utilizarse incluso hasta antes de la aplicación del Derecho extranjero. Se tendría que dar que todos los puntos de conexión estarían formados de conexiones acumulativas desiguales toda vez que la conexión del Orden Público internacional condicionaría el punto de conexión conducente a la aplicación del Derecho extranjero. El ejemplo es que en el Perú a la sucesión de un de cujus fallecido con último domicilio en el extranjero el derecho de su

“último domicilio” –punto de conexión– dándose un Derecho extranjero consiguiientemente una acumulación desigual entre conexión, es decir, la interdicción nominativo de un Derecho, el Derecho peruano y un punto de conexión, o sea la indicación abstracta del derecho aplicable.

Sin embargo, hay que establecer que las disposiciones peruanas de Orden Público internacional son llamadas a ser sustitutivas de los derechos extranjeros llamados por nuestro sistema jurídico de Derecho Internacional Privado. Pero se debe establecer que las disposiciones finalmente actúan como límites máximos y mínimos del Derecho extranjero que es llamado por el Derecho Internacional Privado peruano; pues se aplica Derecho extranjero en correspondencia al factor de conexión o alteración excluyente se acude al derecho peruano conforme a una conexión en sentido estricto si fuese que este nos da más o exigiese menos que el peruano el mismo que actúa como máximos y mínimos.

De allí que se tenga que decir que si las disposiciones de Orden Público Internacional son sustitutivas de las extranjeras su aplicación es de carácter apriorística y si al contrario son limitativas de las extranjeras su aplicación es a posteriori.

Nos es muy lógico contraponer Orden Público internacional y Orden Público interno en razón de que según esta concepción faltaría el común denominador de ambas especies que en la anterior consiste en que ambos supuestos se trata de disposiciones, aunque unas tienen un mayor grado de impermeabilidad que las otras.

Se plantea que se puede concebir (el Orden Público interno e internacional) como institutos autónomos e independientes, lo que conduce a un enfrentamiento dentro de un marco monista que se da en un enfrentamiento. También se establece que pueden en todo caso ser efectos y no institutos del “interés general” aunque se perfila un carácter autónomo y de independientes de ambos siendo que el “Orden Público interno” se da hacia dentro de los límites del orden jurídico y el “Orden Público internacional” hacia fuera del

mismo. Siendo que el contenido axiológico variable de cada legislación reposa en los efectos del Orden Público, los efectos reposan en el interés general mismo, pues es el que los produce por lo que se puede columbrar que la operatividad de los efectos no se altera por la variación del interés general, el efecto se materializa siempre de la misma forma.

Se puede decir finalmente que los órdenes públicos no tienen contenido axiológico, porque son efectos, únicamente lo tiene el interés general que es el que se le da a los efectos. Los mismos que resultan por razones de operatividad como un obstáculo de la autonomía de la voluntad (Orden Público interno) o un obstáculo a la aplicación del Derecho extranjero (Orden Público internacional).

Inicialmente es conveniente diferenciar Normas territoriales por razón del objeto al Derecho público y a las de Orden Público interno.

Las normas territoriales son aquellas que regulan la propiedad, el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, la inscripción en el registro en forma general a los derechos reales que afectan a, los bienes objetivados, allí se deduce que nada tiene en común la *lex rei sitae* con el Orden Público internacional, pues esta es una regla universalmente aceptada exigida por la naturaleza misma de las relaciones que rige y la que dentro de la comunidad de derecho abarca un más amplio círculo de legislaciones y de Estados.

Tampoco cabe una confusión entre el Orden Público Internacional y el Derecho Público pues este último regula el régimen político, el régimen administrativo da las leyes económicas, fiscales, penales, procesales, en suma organiza y rige al Estado y a la sociedad.

Se plantea que la excepción a la aplicación de la ley extranjera es en este caso la territorialidad de la ley que es extraña a la soberanía del Estado. Aunque puede existir escuela que equipare el Orden Público internacional como sinónimo de la ley territorial.



El Orden Público interno actúa en el marco de la órbita de una legislación sin contraponerse a otras, exigir que todos los contratantes sean capaces de la aplicación de una ley extranjera presupone la aplicación de la norma competente según la norma de Derecho Internacional Privado –la ley nacional– para regir la capacidad del contratante extranjero.

El Orden Público Internacional está fundado en que el supuesto de que la ley extranjera requerida por la naturaleza intrínseca de la relación y por la ley del juez no es aplicada por vedarlo un principio esencial e imperativo de la legislación territorial, tan obligatorio para los extranjeros como para los nacionales.

LAZCANO<sup>266</sup> dice “que las leyes de Orden Público interno son más de interés individual y el Orden Público Internacional son de interés general”; señala que entre las mismas se da una diferencia de medida, contenido, grado, dándose que no siempre las leyes distinguen claramente el Orden Público, al efecto señala la ley de matrimonio argentino N° 2393, pese a ello señala que la orientación es englobar dentro del Orden Público internacional las prohibiciones legales de Orden Público interno, lo que en realidad termina por limitar el desarrollo del Derecho Internacional Privado.

De ahí que es adecuado distinguir entre Orden Público interno y el Orden Público internacional; al respecto Lascano dice: “En resumen los preceptos de Orden Público interno y de Orden Público internacional no funcionan del mismo modo; la voluntad de las partes es inoperante para derogarlas, pero las normas de Orden Público interno pueden ceder ante el Derecho extranjero, aunque no sean del ámbito internacional. En cambio, las de Orden Público internacional no ceden ante ninguna otra; el Orden Público interno impide aplicar otra norma que no sea local; el Orden Público internacional solo es impeditivo de la norma extranjera.

---

<sup>266</sup> LAZCANO, Carlos Alberto. “Derecho Internacional Privado”. Editora Platense. 1965 Págs. 161 y sgtes.

Diremos por fin, que el Orden Público interno limita la actividad individual o sea que restringe la autonomía de la voluntad, en cambio el orden público limita la extraterritorialidad”.

Al efecto se debe a señalar que solo el Orden Público internacional es protector del interés general, es lo que cuestionable toda vez que todo el Orden Público son de “interés general”, debido a que son los intereses generales los englobantes de los “intereses individuales” permitiéndole el respectivo sustento legal.

Debiendo señalarse que los efectos en realidad son consecuencias del efecto.- Margarita Argüas-Carlos Alberto Lascano<sup>267</sup> en su “Tratado de Derecho Internacional Privado” no nos prescribe criterios propios sino a partir de los trabajos del gran jurista germano Savigny.

Goldschmidt<sup>268</sup> Derecho Internacional Privado –Derecho de la Tolerancia “El Orden Público Internacional cumple solo con su función si es restringido a la cláusula de reserva, las normas rígidas expresas de Derecho Privado y los principios básicos del ordenamiento normativo propio. No es lícito, al contrario extenderlo a normas de derecho Público interno y a las normas de extranjería del Derecho Privado”.

Siguiendo su orientación trialista en el ámbito normológico señala que el concepto de Orden Público supone dos circunstancias:

- 1) Una diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos.
- 2) El reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar derecho extranjero.

Expresa el término “Orden Público interno” se presta a confusiones, porque significa más o menos según que lo enfrentemos con el Orden Público internacional o con la autonomía de las partes”. Desde el Orden Público interno

<sup>267</sup> LAZCANO, Carlos Alberto. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Editorial Ateneo. 1926. Bs. As. Argentina. Págs. 81-85.

<sup>268</sup> GOLDSCHIMIDT, Werner. “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”. Desalma. Bs. As. Argentina. Pág. 167.

comprende cuantas disposiciones corresponden hacer desde otros puntos de vista, lo que hace hablar de un “Orden Público interno amplio”.

Debiendo señalarse que existe un grupo de disposiciones derogables por la autonomía de las partes y que se le denomina derecho dispositivo –por estar las normas a disposición de las partes– o subsidiarias. Pero de otro lado se hallan las normas que no son derogables por la autonomía del “Derecho coactivo” lo que también es Orden Público.

Con lo cual se da mayor sustento al denominado “Orden Público interno amplio” en su diferenciación con el Orden Público en sentido restringido toda vez que este incluye el derecho dispositivo y el derecho coactivo.

Por lo que este autor termina estableciendo que en materia de Derecho Internacional Privado alude al Orden Público interno en sentido amplio, absorbiendo cuantas disposiciones resulten derogables por el Derecho extranjero lo sean o no por la autonomía de las partes.

Alcorta<sup>269</sup> da en realidad una posición que permite.

En general no desarrolla un concepto de Orden Público el mismo que toca de la siguiente forma “La condición del respeto está en el respeto recíproco. Como entre los individuos, el derecho de un Estado concluye donde empieza el derecho de otro y todo ejercicio que produzca un perjuicio o que perturbe el desenvolvimiento de otro ejercicio, sufre una limitación que es la condición de su existencia “¿Cómo se determinará la ley que no reciba una aplicación? ¿Con que carácter se podrán distinguir todas esas leyes que se tienen como una excepción a la comunidad de derecho, que es regla general? La dificultad es seria y envuelve cuestiones o problemas diversos que han dado lugar a confusiones perjudiciales para las vinculaciones internacionales. Las excepciones pueden ser numerosas, según el punto de vista que tome cada legislador, es difícil indicarles por cuanto no siempre ellas están determinadas de tal manera que pongan en evidencia el carácter que se les ha querido

---

<sup>269</sup> ALCORTA, Amancio. “Curso de Derecho Internacional Privado”. T. 1. 2ª edición. Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Bs.As., 1927. Págs. 137-138.

imprimir. Por regla general suele decirse que no deben aplicarse todas aquellas leyes que están en pugna con principios y leyes de Orden Público o con las buenas costumbres y es deber de los jueces así efectuarlo, considerando esas leyes como fuera de la comunidad internacional, o más bien como atentatorias de su existencia, y dando completo vigor a las leyes nacionales. Si el legislador de un Estado ha cuidado de establecer claramente cuáles son los principios con arreglo a los cuales debe procederse, toda dificultad desaparece; pero generalmente no es así, y entonces no hay solo ausencia de reglas; sino reglas que no llevan en sí determinado carácter”.

Y concluye “La aplicación de las leyes extranjeras es la regla general, pero esta regla reconoce excepciones en el carácter especial de las mismas leyes que se trata de aplicar, en tanto afectan o pueden afectar intereses que no son meramente privados.

Si la comunidad de derecho no es posible en toda su extensión, es menester tomar preocupaciones necesarias para que no sean burlados los intereses que afectan ciertas leyes”.

El autor entiende que en la materia la regla es la extraterritorialidad, mantiene el criterio del uso a posteriori del Orden Público, como se da en el planteamiento del germánico Savigny.

Lo que reduce a la crítica, Savigny, es el sentido del punto de partida respecto del concepto de comunidad de Estado que descansa en que los mismos deben partir de la base del Derecho Romano y/o canónico dejando de lado otras órdenes jurídicos que operan en el universo.

En el sentido que se extraterritorializa el Derecho como principio dentro de la comunidad y no se le extraterritorializa cuando se da el conflicto entre Estados pertenecientes a la comunidad y los no pertenecientes a la comunidad de lo que se puede columbrar que Alcorta es de la territorialidad atenuada por la extraterritorialidad con las países de la “comunidad”.

Vico<sup>270</sup> considera la existencia “del Orden Público como género que comprende dos especies: internacional e interno. No hallan fundamento a la unidad, porque en muchos casos el Orden Público interno no tiene nada que hacer con la aplicación de las leyes extranjeras, es decir, con el Derecho Internacional Privado.

El Orden Público interno es más estricto y se aplica a mucha mayor cantidad de casos que en el Orden Público internacional.

Cuando decimos Orden Público internacional entendemos que hay un contacto legislativo, que hay una ley extranjera llamada a regir la relación jurídica en que se produce ese contacto y que esa ley extranjera se encuentra detenida por un principio obligatorio para el Juez del tribunal cuando se trata de aplicar simplemente la legislación local, la cual no puede en muchos casos en los cuales no es obligatoria la aplicación de las leyes extranjeras”.

Pardo<sup>271</sup> plantea que el único concepto independiente dentro de la disciplina del Derecho Internacional Privado es el “Orden Público Internacional” al cual le atribuye el carácter de ser un impedimento legal a la aplicación del Derecho extranjero, cuando este resulta nocivo al sistema jurídico interno, lo que convierte al Orden Público en instrumento de regulación de la importación de la legislación extranjera en ayuda del Derecho que regula la función del Juez; el Orden Público interno pertenece al Derecho privado por lo que resulta ajeno a nuestra disciplina.

Después de algún tiempo va plantear el concepto de “Orden Público múltiple”, considerando que existen varias clases de Orden Público.

Una de esas clases es la que corresponde al Derecho Constitucional y aparece en la Constitución del Estado; debe responder a las declaraciones que son la base del sistema filosófico jurídico de este. Algunos autores señalan que esto sería el Derecho natural, del cual nace la Constitución. Al respecto

---

<sup>270</sup> VICO, Carlost. “Curso de Derecho Internacional Privado”. T. 1. Págs. 202-203.

<sup>271</sup> PARDO, Alberto J. “Derecho Internacional Privado. Parte general”. Pag. 330.

PARDO dice; “Pienso que los grupos humanos funden sus voluntades cuando presionan unos a otros, y de este acto eminentemente social y del principio de abstracción surge un querer superior que el constituyente plasma en principios y declaraciones. Sin perjuicio de ello, el ser humano es ecuménico por excelencia e intenta siempre superar los localismos interrelacionándose con otras comunidades. Del intercambio de ideas y principios (Ej. Declaración de Derechos Humanos de la ONU. Bogotá, San José de Costa Rica, etc.) surgen nuevas formas del pensamiento que intensifican o modifican los principios rectores constitucionales”.

Lo que no se puede negar que el gran hacedor del Derecho es el hombre que poco a poco va generando los principios axiológicos del Estado. Son así pues el antecedente del Orden Público, lo que después se hace un desarrollo particular en todos los sistemas de Derecho privado sustantivo y en aquellas cuya estructura formal, como del Derecho Internacional Privado, el derecho transitorio y el derecho procesal.

Otro Orden Público es el Derecho sustantivo que actúa como restricción al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Luego viene el Orden Público que se puede apreciar en el carácter irretroactivo de la ley y que oficia en el ámbito del Derecho sustantivo, a lo que Ruchelli lo reconoce como “efecto operativo del interés general”, también encuentra un Orden Público en los principios formativos del proceso, el Derecho Procesal.

Calandrelli<sup>272</sup> plantea: “No existe más que un Orden Público. La distinción aquella fundada en el carácter obligatorio de las leyes y en la extensión de su influencia es, además de imperfecta en su tecnicismo vana y errónea aun de los hombres en extranjeros y nacionales. La soberanía no es un mero recurso político destinado a proteger solo a los nacionales; la ley, expresión

---

<sup>272</sup> CALANDRELLI, Alcides. “Cuestiones de Derecho Internacional Privado. Págs. 37-38,

genuina de la soberanía, tiene por misión necesaria también la protección de los extranjeros”. Con lo que se puede columbrar que este autor pretende acabar con la división entre nacionales y extranjeros y de allí acabar con la división entre Orden Público internacional interno.

Agrega que: “Tratándose de una restricción a la aplicación del derecho o de la ley de un país diverso, es siempre el Orden Público nacional, en su función local interno, el que puede sentirse lesionado y el que ha de imponer la aplicación de la ley del país”.

De lo que se puede señalar es que la orientación no va por ese lado toda vez que la cuestión del Orden Público no parte por ningún motivo de la acepción de dividir nacionales y extranjeros, sino que este es un tópico que no está en el ámbito de análisis dándose que el Orden Público funciona igual para nacionales como para extranjeros, dándose su presentación al ocurrir la pretensión de importar derecho.

RUCHELLI<sup>273</sup> al respecto plantea que no existe un Orden Público múltiple sino un solo “interés general” de allí que se desprendan los efectos operativos mencionados.

Lo cual significa nuevamente una ampulosa y tremendista búsqueda de conceptualizar el “interés general” tarea de nunca acabar, dentro de los marcos que ofrece el positivismo jurídico.

Nussbaum<sup>274</sup> plantea “debe notarse que la expresión “Orden Público (*public policy*) se presta a varios usos en el campo del Derecho. Uno es afirmativo: el Orden Público sirve para resolver dudas concernientes a la interpretación de normas jurídicas, función afirmativa o interpretativa particularmente importante respecto de las previsiones contenidas en las leyes de carácter penal”.

---

<sup>273</sup> RUCHELLI. “Orden Público”. Editorial Desalma. Bs.As. Argentina. Pág. 56.

<sup>274</sup> NUSSBAUM, Antonio. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Editorial Desalma. Buenos Aires, Argentina, 1947. Pág. 127.

Luego afirma “los otros usos del concepto son limitativos o negativos: 1) El Orden Público limita la libertad contractual invalidando, por ejemplo los acuerdos restrictivos del comercio o bien los contratos que prohíben al empleado pertenecer a cualquier organización de trabajo (*yellow-dog contracts*) –tales contratos son nulos de acuerdo a ley– comparable con el uso referido a los contratos, está el recurso Orden Público a fin de invalidar disposiciones testamentarias porque contienen, por ejemplo, cláusulas ilícitas; 2) El Orden Público además limita la aplicación de la ley extranjera y el reconocimiento de las sentencias dictadas fuera del país. Solo nos interesa este último aspecto del Orden Público vale decir, considero en función de los “conflictos de leyes” su uso puede remontarse al siglo XVII, o sea a los comienzos del Derecho inglés sobre la materia, mientras que el recurso contractual al Orden Público se encuentra ya que en el siglo XV (V.Knigh, Public Policy in English Law “L.Q.R. “207 1922). Pero la expresión “Orden Público es de más reciente data y modernas decisiones aplican algunas veces su concepto sin emplear el término, el cual no obstante, se está volviendo cada vez mas usual (...).”.

El autor en referencia continúa usando la dicotomía conceptual “Orden Público interno” y “Orden Público internacional” Nussbaum agrega el aspecto positivo relativo a la interpretación de las leyes penales y en el ámbito del Orden Público internacional incorpora el reconocimiento de las sentencias extranjeras dictadas fuera del país, aportando un carácter objetivo y pragmático a la descripción de estos institutos.

Antonio Boggiano<sup>275</sup> “Derecho Internacional Privado” señala al Orden Público en dos Aspectos; uno referido a la existencia de cláusula de reserva en la norma de conflicto y el segundo como adaptación del derecho extranjero a los principios del Derecho interno de un Estado.

Sobre la primera cuestión el autor en referencia hace mención a Zitelmann<sup>276</sup> “hace una excepción a la aplicación del Derecho extranjero funcionando como

---

<sup>275</sup> BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Desalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 140.

<sup>276</sup> ZITELMAN. “Derecho Internacional Privado”. Edit. Aros. Pág. 137.



característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto (Goldschmidt). Ello significa que si se ofende tal cláusula, que sintetiza los principios de Derecho interno, la proyectada imitación del uso jurídico foráneo no se actualiza”

Sobre el segundo tema propuesto solo es enunciado por el autor en referencia siendo que el intento de adaptación resulta como del Derecho extranjero hace uso de lo manifestado por ESSER “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado (Trad. Eduardo Valetti Fiol Barcelona 1,961 esp. Sobre los principios universales como base de comparación funcional de las instituciones del derecho privado<sup>277</sup>).

Ricardo M. Zuccherino se adhiere a la tendencia germánica considerando al Orden Público como un conjunto de principios, también sostiene la tesis dualista de la misma es en realidad descriptivo de la indicada tesis.

Pascual Estanislao Mancini en su Prelezione V durante la exposición de su teoría al conceptuar el Orden Público internacional partía de un presupuesto forzoso, de calificar en leyes voluntarias y necesarias.

Las voluntarias eran las reguladoras de bienes de las obligaciones y contratos Las necesarias referentes al estado y capacidad personal, derecho de familia y sucesiones.

Después de plantearse esta clasificación y de encontrarse con las normas de Derecho público y que algunas disposiciones de relativas a los bienes sin carácter voluntarias pero que llegaban a ser necesarias reunió estas en el Orden Público internacional.

El personalismo que imprimió Mancini así separados debidamente los conceptos de Orden Público internacional y el Derecho público por lo que se

---

<sup>277</sup> ESSER. “Principios y forma en la elaboración del Derecho Privado”. Pág. 438 y sgtes.

puede columbrar que ambas no tienen cabida dentro del Orden Público Internacional, se establecen entre el Derecho Público y las normas necesarias y esencialmente territoriales, incluso dentro de la más perfecta comunidad de derecho.

La Teoría de Mancini ya sido abandonada por la doctrina italiana sin embargo fue mantenida por Pillet y por Bustamante.

Pillet consideró que las normas de derecho público, las de policía, las de propiedad y las fiscales forman un solo conjunto con el Orden Público Internacional, esta consecuencia de la rigidez de la clasificación bipartita de dos grupos de leyes las de fin de protección individual o de garantía social según su acusación, por lo que se induce que el Orden Público y ley territorial son sinónimos.

La doctrina sobre el Orden Público Internacional de Manzini se halla periclitada en Europa, Sin embargo esta doctrina aparece en el Código Internacional Privado de Bustamante.

Tan es así que el artículo 3 de aquel Código divide las leyes en tres clases que son: las personales, las voluntarias, “las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales denominadas territoriales, locales o de Orden Público internacional”.

Las normas de Orden Público internacional es un considerable escollo para las teorías nacionalistas que están fundamentadas en el planteamiento de la incorporación de la ley extranjera al ordenamiento interno nacional. Pero aun más en las teorías partidarias de la incorporación formal que abarca la totalidad de las normas sustantivas y de sus fuentes. La cuestión como compatibilizar la incompatibilidad que genera el Orden Público internacional y la ley territorial receptora.

Roberto Ago<sup>278</sup> en su “Teoría del Diritto Internazionale Privato” señala que toda regla de Derecho Internacional Privado debe considerarse incluida una cláusula, por virtud de la cual el llamamiento a normas extranjeras no será posible cuando “la inserción de tales normas en el ordenamiento jurídico interno no venga turbar la armonía de este sistema”.

Sin embargo existen aproximaciones entre la teoría nacionalista y la teoría de Savigny, es decir, a la naturaleza excepcional del Orden Público internacional.

La tutela de los principios morales y jurídicos, requiere una grave colisión de la ley extranjera con ellos y que la ley extranjera esté referida a un caso concreto al efecto entonces surge el Orden Público internacional para impedir el ingreso de esa ley extranjera que normalmente hubiera debido regir.

Las 2 teorías de Savigny son fundidas en leyes prohibitivas rigurosamente obligatorias que las abarcan a las dos.

La defensa del Orden Público nacional ante una eventual ataque del ordenamiento extranjero declarado aplicable por el juego normal de una regla de conflicto del foro se lleva a cabo en Derecho Internacional Privado mediante el recurso a la llamada excepción de orden público mecanismo técnico mediante el cual ese derecho extranjero que resulta incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento del foro deja de aplicarse. Tal exclusión plantea, lógica e inmediatamente, una carencia de normativa material aplicable al supuesto planteado.

En la medida en que el Orden Público tiene como objeto la protección del orden jurídico del foro un amplio sector doctrinal estima que la ley excluida debe ser sustituido por la ley material de este. No es esta sin embargo la única posibilidad teórica al respecto también cabe entender que la evicción del derecho extranjero solo está referida a aquella parte del mismo que aparece como incompatible con la ley del foro y no el resto

---

<sup>278</sup> AGO, Roberto. “Teoria del Diritto internazionale Privato Editorial Padua”. Roma Italia. Pág. 320.

En consecuencia desplazada la norma o la parte de ella que resulte contraria a la concepción del Orden Público del foro puede ser aplicadas al supuesto planteado otras normas del mismo ordenamiento extranjero siempre claro está, que ello resulte posible.

Scrutton ha dicho “parece una seria infracción de la Cortesía Internacional, si un Estado es reconocido como un Estado soberano independiente, postular que su legislación es contraria a los principios esenciales de justicia y moralidad; tal alegación bien pudiera llegar a ser para un gobierno extranjero susceptible un *casus belli* y en mi opinión sería tarea del soberano a través de sus ministros y no del Juez”.

Existen Estados que actuando con regularidad sus normas logran establecer el resultado que pueda obtener el Orden Público.

Los franceses poseen una ley para las personas y una ley para la comunidad. Existe un Orden Público interno para la aplicación de la ley nacional, existe además un Orden Público internacional para aplicar a nacionales y extranjeros la ley nacional.

El Orden Público internacional es lo más nacional que existe, son normas creadas por el legislador nacional, es mutable, varía, es imprecisa, es decir nuestra legislación se basa en el concepto de Orden Público que tenga el Juez. Toda norma de Orden Público internacional es una norma de Orden Público interno hay un Orden Público internacional peruano. Las normas de Derecho Internacional privado son normas de Orden Público interno porque están en el Código Civil. El Orden Público internacional es el conjunto de normas de Orden Público interno, mutables e imprecisas, que no admiten contravención donde se regulan determinadas relaciones jurídicas entre nacionales y extranjeras y entre la ley nacional y la extranjera.

El Orden Público nacional se denomina Cláusula de Reserva, no se indican cuales son las normas de Orden Público taxativamente, salvo las contenidas en la Constitución.

Conforme a lo ya expuesto, hay que señalar que el Orden Público Interno se desenvuelve dentro del Derecho privado de cada país y se refiere a aquellas normas que no puedan ser derogadas por acuerdos particulares como el caso de la mayoría de edad.

El Orden Público Internacional, se refiere a las normas de policía de carácter internacional.

El Orden Público Internacional hace relación a la inaplicación de las normas extranjeras, que siendo originariamente aplicables, pudieran vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Foro. Los juristas citados agregan “El Orden Público se refiere pues, a los principios ético-jurídicos informadores de las relaciones entre los hombres y que trasciende en cierta medida a todos ellos”. El Orden Público esta condicionado por una serie de factores que según los tratadistas citados son los siguientes:

- a. La universalización del orden internacional, lo que supone una interrelación de situaciones entre personas de comunidades nacionales o estatales culturalmente diversas.
- b. La heterogeneidad internacional en sus manifestaciones más importantes, como son las sociales y las políticas que inciden en la vida del hombre en sociedad.

El Jurista Español Castán Tobeñas distingue entre el Orden Público interno y el Orden Público internacional que es de antiguo data:

“El primero se desenvuelve dentro del ámbito del Derecho privado de cada país, es obligatorio para todos los ciudadanos, comprendiendo aquellas leyes que no pueden ser derogadas por convenciones de los particulares, pero que no impiden que puedan disciplinarse con criterio las relaciones jurídicas entre extranjeros. El segundo, esto es, el Orden Público internacional, afecta a ciudadanos extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse, sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros.

Cabe señalar que la Expresión Orden Público internacional se ha propuesto en contraposición a la de Orden Público interno, reservado obviamente al estricto derecho interno en un sistema o país. El Orden Público interno se refiere a un sistema legislativo, obliga tan solo a los nacionales e impide la aplicación de leyes extranjeras, dado su carácter positivo. Pero el Orden Público internacional es negativo, supone una ley que se opone a la eficacia de la ley extranjera, obligando a nacionales y extranjeros. Pero hemos visto que el Orden Público, a nuestro juicio, es por el contrario, esencialmente nacional, destinado a salvaguardar la legislación del Estado.

El Orden Público funciona en el Estado respecto a su propia ley, y se forma por reglas imperativas que abarca nacionales y extranjeros, domiciliados y transeúntes. Ellas no son derogables mediante convenciones, por que salvaguardan intereses supremos, fundados en el Orden Social y las buenas costumbres.

En cambio el Orden Público internacional resulta obligatorio para los nacionales y extranjeros, pero se integra por medio de las leyes de “policía y seguridad”, aplicables a todos los habitantes del país y encara directamente intereses colectivos; en un conflicto entre estos últimos y los particulares, predominan los primeros, porque el Estado tiene derecho a su propia preservación, no solo contra la autonomía de la voluntad en el ámbito local, sino también contra un ordenamiento extranjero.

Las Leyes de Orden Público interno resultan de interés más que nada individual, mientras que las de Orden Público internacional son de interés general.

La Tendencia Actual es extender el Orden Público internacional a las prohibiciones legales de Orden Público interno, en buena cuenta podemos señalar:

La Voluntad de las partes no puede derogar las normas de Orden Público por ser estas mandatorias.

Las normas de Orden Público interno pueden ceder ante el Derecho extranjero, aunque no sean de ámbito internacional.

Las normas de Orden Público internacional no ceden ante ninguna otra.

El Orden Público interno impide aplicar otra norma que la local; en cambio, el Orden Público internacional solo es imperativo de la norma extranjera.

A su vez, el Código Bustamante, en sus artículos 4 y 5 consagra como Leyes de Orden Público:

1. Las reglas Constitucionales.
2. Todas las reglas de protección individual o colectiva, establecidas por el derecho político administrativo.

En la materia del Derecho Internacional Privado se plantea más el uso de la expresión Orden Público Internacional pero ello no debe entenderse en el ámbito del Derecho Internacional Público. Al hacer uso de esta expresión se refiere a un concepto común a todos los Estados miembros de la Comunidad internacional que englobaría ciertas situaciones o actitudes de **Orden Público internacional**, es decir, que dadas ellas violentarían esa noción por atentar a los principios y normas básicas de Derecho Internacional del derecho de gentes.

Enfrentamos en este extremo una noción de Orden Público de Derecho Internacional Público y en realidad esta goza de un cierto reconocimiento – Orden Público universal del cual no solo no se dan dudas sino que se afirma su existencia –GOLDMAN, B.-LYON-CAEN, A<sup>279</sup>– pero no puede relacionársele con la que se atribuye al Derecho Internacional Privado.

El Orden Público internacional siempre deja de lado una norma extranjera mientras el Orden Público interno deja de lado lo convenido entre las partes.

---

<sup>279</sup> GOLDMAN, B.-Lyon - Caen A. “Derecho Comercial Europeo”. Trad. L Español. Madrid, 1984. Pág. 234.

## **Orden Público Absoluto**

Para las relaciones internas, se aceptan dos clases de órdenes públicos en cada Estado, planteamiento que fue usado por Niboyet, cuya defensa se atribuye a Laine en su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de París; en igual sentido aparecen Valery y Louis Lucas.

Para Valery existen cuatro clases de Orden Público:

- Orden Público personal.- De aplicación a los nacionales.
- Orden Público territorial.- Aplicable por la localización
- Orden Público personal y territorial. Aplicable al mismo tiempo.
- Orden Público Absoluto.- Aplicable en la defensa de los principios fundamentales, de la moral genera la intensidad de los efectos jurídicos que genera el denominado Orden Público institución, siempre con el propósito de limitar la autonomía de la voluntad, se da fundamentalmente cuando en conjunto generan tanto la imperatividad como la irrenunciabilidad.

Y se da un supuesto de Orden Público relativo cuando sus efectos solo estén llamados a producir la imperatividad de la norma o bien sobre la irrenunciabilidad de los derechos (efectos menos intensos) ley

Para Louis Lucas solo existen tres clases de orden público:

- Orden Público para nacionales.- Que trabaja en el sector de las leyes referentes a Estado capacidad, familia y sucesiones, por lo menos en los Estados que siguen el sistema de ley nacional y declaran tales normas materiales como imperativas.
- Orden Público para extranjeros.- Que actúa en el ámbito de las reglas de extranjería que imperativamente rigen en el Estado su condición jurídica.
- Orden Público General.- Afecta a los extranjeros y a los nacionales.

En Alemania el Notario de Berlín Frankenstein haciendo uso de la terminología de Zitelmann habla de:



- Cláusula de reserva Absoluta.- Impuesta por el legislador a sus jueces siempre y en todo caso pudiendo a su vez ser esta ilimitada –cuando rige para todos y en todo el territorio nacional o limitada– ya en razón de las personas o del territorio (también conocida como reservas absolutas, personal o territorialmente limitadas) consistiendo ellas en que el juez no deberá aplicar Derecho extranjero a los nacionales de su Estado o dentro del territorio de su Estado.
- Cláusula de Reserva relativa.- Permite al juez valorar comparativamente el contenido del derecho del Foro y el del Derecho extranjero reclamado, pudiendo según las ideas dominantes en cada Estado en ese momento resolver a favor de la ley extranjera o impedir su aplicación.

Badiali, divide el Orden Público en:

Orden Público absoluto, Orden Público personalmente absoluto y territorialmente relativo y Orden Público territorialmente absoluto y personalmente relativo (op. Cit. Págs. 180-191)

Latanzi en 1974 plantea un Orden Público absoluto de aplicación aunque ningún elemento de la relación tenga conexión con el foro y un Orden Público relativo aplicable cuando se da algún tipo de conexión.

Sin embargo cabe afirmar que la clasificación es la que va a obtener una repercusión más fuerte.

Loussouarn y Borrel hablan de la alergia de los jueces a algunas leyes extranjeras, que no son las mismas entre sí, siendo que cada uno es alérgico según sus convicciones.

También se afirma que el Orden Público internacional del Derecho Internacional Privado es en realidad nacional, ahora bien cabe examinar si el Orden Público nacional tiene el mismo concepto que hablar de Orden Público internacional.

El Orden Público peruano relativo al Derecho internacional es nacional ciertamente, aun más cuando hablamos de Orden Público interno (también nacional) lo cual no quiere decir que el legislador peruano tenga una visión propia del Orden Público sino que una institución está normada por reglas que surgen del mismo legislador peruano pero por normas prohibitivas y permisivas a un tiempo en distinto ámbito de aplicación dentro del Estado y que no pueden ser derogadas por la voluntad de los nacionales del Estado, dándose ejemplos en que la legislación interna del Estado –regiones autonómicas en España– son contrarias al texto expreso de las normas sancionadas por el estado nacional como es el caso del artículo 669 del Código Civil español que es contradicho por la legislación foral de Aragón y de Navarra regiones autonómicas de este país.

GESTOSO TUDELA señala que es preferible hablar de Orden Público absoluto siendo su contenido “los principios fundamentales de la civilización y de la sociedad internacional, tales como la libertad y dignidad humanas, el matrimonio monógamo, la propiedad individual transmisible, la libertad contractual, sobre la cual cabe una fijación concreta y un acuerdo entre Estados, debiendo formularse también como regla de Orden Público internacional la del respeto absoluto por parte de todos los Estados de la comunidad internacional a las leyes de Orden Público de cada uno de los demás cuando no haya establecido en el territorio un criterio absoluto en sentido contrario.

De esta manera, la ley de Orden Público de un Estado por el reconocimiento y acatamiento universal adquiere la importancia y se eleva a la categoría de regla de Orden Público internacional.

El Orden Público absoluto ocurre “cuando se generan conjuntamente tanto la imperatividad como la irrenunciabilidad (efectos más intensos de modo que la limitación de la autonomía de la voluntad es más acentuada)” HORACIO H. DE LA FUENTE<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> DE LA FUENTE, Horacio. “Orden Público”. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 861.

El principio de Orden Público desde 1,850 a 1,951, en Actas del Primer Congreso Hispano-luso-americano de Derecho Internacional Madrid, Octubre 1,951 II Madrid 1,952 Págs. 507 y ss. “El Concepto de Orden Público internacional”, Madrid, 1,913.

Esto sería el ejemplo típico de lo que constituye el Orden Público interno que son las reglas que señalan de Aragón (ley 15/1967, de 8 de abril) sobre testamento mancomunado y de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de Marzo) testamento de hermandad que se encuentra en sentido contrario de lo previsto en la legislación nacional española.

Finalmente en este extremo cabe señalar el aporte de la doctrina italiana que señala al Orden Público en el momento en que este es tenido en cuenta en el

juicio de **delibación** –reconocimiento de una decisión extranjera– durante el exequátur. Se habla de el *ordine pubblico di delibazione* pero no es en realidad una clase sino un modo de aplicación a derechos adquiridos y fijados por la sentencia extranjera, refiere un momento específico de su aplicación “el procedimiento de exequátur”.

El Derecho del trabajo, en cambio es la única rama del Derecho Privado, que se manifiesta colmada de Orden Público, actuando con máxima intensidad, puesto

que las normas son imperativas y además los derechos que se atribuyen en este segmento del Derecho son imperativas e irrenunciables, y presenta en este ámbito algunas características singulares como son:

- A pesar que casi todos los derechos reconocidos al trabajador tienen contenido patrimonial igualmente la ley los declara irrenunciables para asegurar su efectivo goce, como consecuencia del estado de dependencia y necesidad que le ocurre al trabajador.
- Resultan ser principios propios del derecho del trabajo tanto la imperatividad como la irrenunciabilidad de los derechos.
- Los sindicatos y empleadores se hallan autorizados por la ley laboral a suscribir convenios colectivos, cuyos efectos son asimilables a la misma

ley, lo que en realidad viene a ser una muy importante fuente derivada de Orden Público.

- Finalmente se puede establecer que una suerte de calidad muy singular aparece en el derecho del trabajo pues el legislador le concede a todos los derechos adquiridos por el trabajador como irrenunciables, porque se presenta el presupuesto que por derechos no imperativos pero irrenunciables.

En el ámbito del Derecho público y siguiendo la frase del jurista romano Ulpiano “*nemo ius publicum remittere potest*” se tiene que todas las normas son imperativas, en el sentido que nadie puede dispensarse del Derecho público, porque de por medio se encuentra el interés general, de lo que se puede colegir que cabe preguntar por si todas las normas de Derecho público son de Orden Público absoluto o no.

Lo primero que debe acotarse al respecto es que las potestades o derechos son irrenunciables cuando la norma imperativa concede al Estado, a sus órganos de poder o a determinados funcionarios, pues debe anotarse que la referida concesión se hace en virtud del interés público que tiene como fin principal asegurar el adecuado funcionamiento del Estado, lo que determina la configuración de una situación de Orden Público absoluto –convergencia de imperatividad y irrenunciabilidad–.

Sin embargo existen casos en que el Derecho público reconoce a la voluntad un campo de acción en especial cuando las normas públicas asignan a los particulares derechos que tienen contenido patrimonial, caso en el cual una vez adquiridos los derechos pueden ser renunciados por encontrarse en juego solo un interés individual dándose en este caso situaciones de Orden Público relativo, donde solo se da imperatividad.

Al respecto se debe tener en cuenta que las potestades y derechos atribuidos por la norma imperativa son renunciables o irrenunciables, será una cuestión que el juez deberá resolver teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y de considerar si está de por medio el interés público.

En el campo del Derecho Constitucional son de carácter irrenunciables los poderes, potestades y facultades que la Constitución atribuye a los órganos de poder o a los funcionarios, pues el interés general obliga a que esas facultades públicas sean efectivamente ejercidas.

De igual modo ocurre en el Derecho Administrativo donde prevalece el Orden Público absoluto cuando las normas imperativas asignan potestades y facultades irrenunciables a los órganos de poder y a los funcionarios.

En el Derecho Procesal sucede que coexisten, las normas de carácter imperativo que se asignan a los órganos de poder y funcionarios que resultan ser potestades y facultades irrenunciables, es decir, se da el Orden Público absoluto.

En el mismo Derecho Penal, donde el interés público más intenso y las normas respectivas son de Orden Público absoluto.

### **ORDEN PÚBLICO RELATIVO**

Se señala que ocurre cuando sus consecuencias jurídicas se limiten solo a la imperatividad de la norma o solo a la irrenunciabilidad de los derechos (es el efecto menos intenso).

Las normas de Orden Público tienen como primer efecto la imperatividad y en su segundo efecto es la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos solo generan en determinadas situaciones, pudiendo suceder que los derechos provienen de norma imperativa o también que la irrenunciabilidad venga de una norma no imperativa (ley dispositiva, voluntad de partes, usos y costumbres, etc.) es un solo sentido o unilateral.

Los efectos son menos intensos, la limitación de la autonomía de la voluntad es menos severa, solo se da si existe la imperatividad de la norma, pues los derechos adquiridos son renunciables.

También puede darse el caso de la existencia de la irrenunciabilidad del Derecho. Esta situación se configura cuando se parte de una norma no imperativa, es el caso de los derechos de los trabajadores.

Esto siempre deberá ocurrir cuando se trate de distinguir si algunos supuestos son o no de Orden Público es el caso de la prescripción, pues la doctrina le atribuye el carácter de Orden Público, quedando la preocupación porque el beneficiario puede renunciar a la prescripción ya cumplida.

Y se da el presupuesto que arguye que es in se trata de prescripción una institución de Orden Público porque es de naturaleza irrenunciable.

Al respecto se debe anotar que la doctrina de las “leyes prescriptivas” que resultan de “no poder ser alteradas o dejadas de lado por las convenciones particulares; pero una vez adquirido el Derecho, este puede ser renunciado por la parte que resulto favorecida” en el que se encuadraría la prescripción por lo que la misma sería una institución de Derecho que es de Orden Público relativo. Es en el campo del Derecho privado donde se da con mayor abundancia el presupuesto que el beneficiario o destinatario de un derecho en el ámbito del Derecho civil la mayoría de las normas imperativas son de Orden Público relativo como consecuencia que regularmente se asignan derechos con contenido patrimonial y lógicamente pueden ser renunciados una vez adquiridos siendo el caso de la prescripción, los alimentos, legítima de herederos forzosos, alquileres, defensa del consumidor, siendo los de menor incidencia en el Derecho civil los de Orden Público absoluto pues se asignan a hecho de contenido extrapatrimonial siendo el caso los derechos de la personalidad –vida, integridad física, honor, intimidad, etc.– o también en el caso de la atribución de deberes como la patria potestad, potestad marital, etc. En el ámbito del Derecho comercial la gran mayoría de las normas son de Orden Público relativo –se refieren únicamente a la imperatividad– pues los derechos asignados son solo de carácter patrimonial y en principio no existe un interés social comprometido que impida la libre renuncia de los mismos como sucede en el caso de la Ley de Sociedades, de Seguros.

Lo que nos permite señalar que una vez adquiridos, serán renunciables los derechos de contenido patrimonial que prescriben las normas constitucionales –Derecho de propiedad– pues se encuentra de por medio el interés particular de las personas (Orden Público relativo).

En el Derecho Administrativo se dan situaciones de Orden Público relativo, es el caso de las contrataciones del Estado, o de expropiación, situaciones en las cuales las normas que rigen la relación son imperativas y por tanto inderogables, pero los derechos que son atribuidos a los contratistas privados o a los sujetos expropiados son libremente renunciables cuando son de índole patrimonial.

En el Derecho procesal, sin embargo, existen normas que reglamentan y ordenan el proceso y son generalmente imperativas, y son las que asignan derechos a las partes, y estas pueden renunciar libremente a esos derechos llegando al extremo de hacerlo incluso en forma tácita cuando dejan pasar los plazos para interponer recursos impugnatorios.

En Derecho penal la voluntad de las personas en algunos casos tienen relevancia jurídica, es el caso de algunos delitos –Acción privada y de instancia privada– en que la persona afectada tiene el derecho a incoar la acción por el ilícito con exclusividad el derecho para promover la persecución penal puede ser renunciado libremente en el caso de que su titular prefiera que el delito quede impune lo que es Orden Público relativo.

### **Efecto atenuado del Orden Público**

La doctrina alemana limita la actuación del Orden Público a los supuestos en que las relaciones jurídicas afectadas se hayan constituido teniendo alguna relación con el derecho del foro y no a las que en el momento de su constitución carecían absolutamente de relación con la *lex fori*; es KHAN<sup>281</sup> el que primero va distinguir la limitación al juego del Orden Público que ha sido aplicado no solo por los tribunales alemanes sino por los diferentes países

---

<sup>281</sup> KHAN, “Del Orden Público”. Abelado Perrot. Bs. As., Argentina. Pág. 171.

aunque en algunos de ellos la jurisprudencia sea contradictoria; en LAGARDE se dice que esta orientación ha sido seguido por la doctrina francesa pues cuando un juez ante una cuestión conflictual deba aplicar la ley extranjera a una cuestión previa, no se podrá descartar la aplicación de esta ley más que si su sistema de normas conflictuales prescribe la solución de la cuestión principal del pleito al derecho material del foro.

Por cualquiera de los caminos indicados en el ámbito doctrinal se puede establecer unos límites al obstáculo que para la validez universal de las situaciones suscitadas bajo la legislación de un determinado país supone el Orden Público.

Siendo que debe usar el Orden Público como excepción a lo prescrito por otras reglas de conflicto interno o internacionales. Lo que significa que el efecto fundamental del Orden Público es impeditivo de la aplicación de una ley extranjera al supuesto en que normalmente debiera ser aplicada y no la aplicación de la ley material del Juez por ser su *lex fori*.

### **Orden Público Tradicional y Orden Público Económico y Social**

**Orden Público Tradicional.-** Al que también se le conoce como político y moral imperante en el siglo XIX y que por influencia de la filosofía individualista y la doctrina económica liberal dominante limitaba la autonomía de la voluntad en el caso de defender las instituciones tutelares del Estado como, por ejemplo, la organización de los poderes públicos, la familia, las buenas costumbres y la protección de los derechos individuales.

Son conocidas como de protección pero acarrear la nulidad relativa pues la persona protegida puede renunciar a su derecho de impugnar el acto inválido. Sus normas son pocas, casi todas han sido determinadas en el Código Civil que por lo demás son normas estables y raramente modificables (explicables por las normas morales) sin embargo también sufren importantes cambios como consecuencia de la evolución de la sociedad.



La mayoría de sus reglas son negativas es decir limitadas a prohibir algo, son raramente delegadas a otros organismos para ser dictadas, su violación conlleva la invalidez del acto infractor.

**ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y SOCIAL.-** Aquel que se va apreciar cuando se va a proteger a las personas o clases menos favorecidas o bien promover o imponer una determinada política económica, es englobante de todos los presupuestos, hay casos que distinguen lo “económico” cuando se refiere a la intervención del Estado en la dirección y organización de la economía y el “social” referido a la protección a las personas más débiles de la sociedad (consumidores, trabajadores, etc.) ocasiona siempre una nulidad absoluta –la acción respectiva será irrenunciable– también existen algunos que consideran que lo “económico” engloba lo social.

También dentro de esta óptica se distingue el Orden Público de dirección –identificado con el Orden Público económico– y de un Orden Público de protección asimilable a la noción de Orden Público social, finalmente se ha dicho que es muy difícil su distinción dada su relación muy estrecha entre ambas órdenes.

Se encuentran –sus reglas– en diferentes leyes –paralelas a la legislación codificada– comúnmente son inestables y variables sobre todo las que atañen a la economía las que están en permanente comprobación de su eficacia en la coyuntura que es cambiante y dinámica.

Las normas imperativas son positivas ordenan determinadas conductas, en el caso específico del derecho del trabajo pasa a integrar el contrato.

Comúnmente la ley delega en determinados organismos la facultad de dictar normas de Orden Público. Conduce a la nulidad pero también puede imponerse sanciones sea de tipo administrativo (multas, clausuras) incluso de finalmente de carácter penal.

Esta clasificación tiene más un efecto didáctico y descriptivo. También se debe que la clasificación de protección (Orden Público tradicional) y dirección (Orden Público económico y social) no puede producir exactamente nulidad absoluta o relativa sino que puede producir ambas lo que constituye una cuestión de carácter de cuidado del interés general y este es muy difuso.

### V-3. EXCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

#### a. DEFINICIÓN

Se denomina “Excepción de Orden Público” como “remedio” por ser este efecto del Orden Público<sup>282</sup>.

Los efectos del Orden Público tienen dos vertientes:

1. En materia de **ejercicio de derechos**, en la que se determina cuál es la ley competente para la adquisición del derecho, esto es, para que el derecho nazca; y
2. En materia del respeto de los **derechos adquiridos**.

En el primero, la **Excepción de Orden Público** produce, a menudo, un efecto negativo, y en otro negativo y positivo a la vez. El efecto negativo se produce siempre que interviene el Orden Público, el positivo no es absolutamente necesario. Veamos:

- a. Nos encontramos frente a un efecto negativo, cuando el Orden Público impide la aplicación de la ley extranjera, el supuesto en que normalmente debiera ser aplicado produce, para ello, un efecto negativo respecto a la ley extranjera.

Vg.: Ante un juez peruano se le plantea una situación en que este debe aplicar una ley argentina, y que con dicha aplicación produciría un efecto indeseable, la excepción de Orden Público conducirá a un resultado negativo: La inobservancia a aquella norma extranjera.

---

<sup>282</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Pág. 381.

- b. En otros casos, el efecto de la excepción de Orden Público, será no solamente negativo, sino positivo al mismo tiempo; se empezaría rechazando la aplicación de la ley extranjera (efecto negativo), para aplicar la ley del tribunal, la *lex fori* (efecto positivo), la que recuperando la plenitud de su competencia, sustituirá a la extranjera no aplicada.

#### **b. ORDEN PÚBLICO.- LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA.**

El español GARDE CASTILLO<sup>283</sup> señala “No basta el desconocimiento dentro de un determinado sistema jurídico de una institución extranjera para decretar su inaplicabilidad.

El desconocimiento no es siquiera un indicio de que esta institución sea contraria al Orden Público del país del Juez. Este concepto de Orden Público como excepcional que es, debe en todo caso, ser objeto de una interpretación restrictiva. La institución extranjera, carente de paralelismo en nuestra legislación, pero que no contradiga las ideas fundamentales religiosas, éticas, jurídicas o económicas de nuestro país, solo puede quedar sin efecto en un solo caso:

GOLDISCHMIDT<sup>284</sup> plantea de alguna manera que el Orden Público comprende los principios subyacentes a la legislación y afirma “el Orden Público, en su faceta justnaturalista, no abarca preceptos detallados, sino meros principios generales; por ello procede aplicar un precepto extranjero diferente del nuestro, con tal que se adapte al mismo principio general” lo cual debe estar sujeto o condicionado a como se entienda en el país en el momento de dictar sentencia –actualidad del Orden Público– cumplimiento interno, se aceptan dos clases de ordenes públicos en cada Estado.

---

<sup>283</sup> GARDE CASTILLO. “La institución desconocida en el Derecho Internacional Privado”. Valladolid. Pág. 156.

<sup>284</sup> GODISCHMDIT, Werner. “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires, 1958. Págs. 114-115.

Finalmente se ha planteado que el Orden Público es clasificado según la materia jurídica en la que opere.

Es frecuente que se refiera a un Orden Público constitucional, laboral, administrativo, familiar, ambiental, penal etc. lo que significa que debemos señalar que esta clasificación tiene valor meramente descriptivo y didáctico sin embargo carece de todo contenido teórico pues siempre es el mismo y sus principios son idénticos muy al margen de cual sea la rama del Derecho en el que trabaje o invoque.

Entendiendo que se da características especiales en cada materia jurídica en el Derecho civil predomina el Orden Público relativo, en cambio el Orden Público absoluto aparece con más nitidez en el Derecho laboral y público, sin embargo, debe señalarse que la apreciación de los efectos del Orden Público es imprescindible acudir al régimen jurídico aplicable, sea cual fuera el ámbito del derecho en que actúe.

### **c. CONDICIONES PARA SU FUNCIONAMIENTO Y CONFIGURACIÓN**

Los jueces tienen en cuenta la aplicación del Orden Público en estos supuestos:

Al darse un caso de **creación de un derecho** en el país del foro, regida por una ley extranjera y en segundo término cuando se trata del **reconocimiento de un derecho adquirido en el extranjero** (o un acto, contrato o situación jurídica) al amparo de una ley extranjera.

La cuestión se problematiza aún más cuando se da el caso que un legislador ha establecido su intención al respecto de una determinada ley extranjera en el sentido de declararla contraria al Orden Público del foro –lo que no es muy frecuente– lo que hará que el juez deberá atenerse necesariamente al criterio imperante mientras tal opinión no sea modificada por el propio legislador.

Si al contrario sucede que existe un criterio favorable del legislador a favor de una ley extranjera a pesar de la opinión del Juez se incline a incluirla dentro del Orden Público del foro deberá abstenerse de hacerlo, igualmente mientras el legislador no varíe su criterio.

Sin embargo, la tendencia del criterio de los legisladores no va por ese camino sino por el usar una fórmula que no delimita el contenido del Orden Público (–Ejemplo, la aplicación de una norma jurídica extranjera reclamada por la norma de colisión no tendrá lugar si el contenido contraviene el Orden Público)–. De ello resulta el carácter protagónico del Juez en el momento de proceder a su aplicación, pues este será quien determine si la ley extranjera que debe aplicar o el derecho adquirido que debe reconocer contrarían su Orden Público.

Así las cosas el Orden Público aparece como un mecanismo eminentemente de carácter judicial de lo que resulta que instituciones sean o no sean de Orden Público en cada país únicamente puede ser averiguado a través de la jurisprudencia del mismo. El Juez aplica *su* Orden Público; como dice Wolf: “El Juez está obligado fundamentalmente a aplicar solo el Orden Público de su país” no teniendo como punto de referencia el Orden Público extranjero.

Cuando las normas del foro se refieren al Orden Público y a las buenas costumbres esto no puede ser interpretado sino desde el punto de vista y en el momento en que se interpreta, del juez teniendo en cuenta como decía Diena: “el Estado de la opinión pública en el momento de juzgar” y la demarcación de ambos conceptos no puede ser obra más que de dicha interpretación, y sobre todo con relación a la expresión buenas costumbres y tal demarcación en palabras de AGO “no puede establecerse más claramente desde un punto de vista general y apriorístico”.

El juez debe hacer uso restrictivo de la excepción de Orden Público sólo referido a casos de auténtica incompatibilidad y desde luego el Orden Público como refiere AGO “debe verificarse concretamente y constatarse en relación con el caso concreto”. En este extremo conviene insistir con que la ley

extranjera sea diferente ni aun opuesta al ordenamiento del foro para recurrir sin más al Orden Público. No está justificada por el hecho de que la institución extranjera sea desconocida en el foro al no estar prevista y regulada en su legislación. Es necesaria una incompatibilidad manifiesta entre la ley extranjera y los principios básicos que fundamentan el ordenamiento del foro.

Debe también expresarse que el funcionamiento el mecanismo defensivo del Orden Público, este no se alza contra la totalidad del ordenamiento extranjero sino única y exclusivamente contra la norma o normas concretas perturbadoras.

Siendo que el Juez solamente condenará a la ley contra el Orden Público salvando el resto del ordenamiento extranjero, lo mismo ocurrirá en el caso de una sentencia extranjera –Reconocimiento de derechos adquiridos– ha de tener presente que no por las circunstancias de que uno de los derechos adquiridos deberá tener presente que no por existir la circunstancia de uno de los derechos adquiridos por tal sentencia sea contrario al Orden Público ya debe ser denegado el exequátur de la decisión extranjera en su totalidad. Debe reconocer por el contrario los derechos adquiridos que no contravienen el Orden Público del juez del foro.

También se ha dicho que el juez debe tener presente su Orden Público en el momento de resolver –actualidad del Orden Público– lo que quiere significar que si en un momento de la historia legislativa de un país estuvo prohibido el divorcio no podrá denegarlo ahora argumentando que en el momento de la celebración del matrimonio este se considera indisoluble por ser entonces el divorcio de Orden Público. Es decir, siempre los tribunales de exequátur deberán tener presente exclusivamente la concepción exclusiva del exequátur en el momento mismo de resolver respecto al exequátur.

También en este aspecto debe señalarse que la determinación del sentido y alcance de las normas jurídicas es siempre una complicada labor susceptible de apreciaciones muy diversas y desde luego de equivocaciones. Cualquier rama del Derecho está expuesta a una incorrecta aplicación de las normas que

la integran, lo que significa en cierto modo que cada rama del Derecho deba crear su propio y específico mecanismo de coerción lo cual no es siempre una ruta necesaria, la aplicación errónea de las leyes no exige sino que se subsane el error y se aplique debidamente, así la propia ley concede a las partes en un proceso en frente a un acto judicial que estimen perjudicial por hallarse equivocadamente fundada soliciten a su vez la actuación de la ley a su favor.

Al seleccionar un grupo normativo es de presentar todas las leyes eventualmente aplicables a un supuesto dado lo que permite conocer la norma realmente aplicable a ese supuesto. Se trata de la coherencia y homogeneidad del ordenamiento del foro se trata que debe respetarse en el momento de proceder a la aplicación de las leyes.

La falta de coherencia y homogeneidad de un ordenamiento siempre parte de una interpretación errónea de las leyes y ocurre por una aplicación indebida de la ley aplicada y a una violación de la ley que contemplando realmente el supuesto, dejó de aplicarse. Es todo cuanto la defensa está prevista en la mayoría de los ordenamientos— artículo 1692 de L.E.C.—. Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal: 1° cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito”.

El legislador, cuando dicta sus reglas de conflictos, declara como aplicables en ciertas circunstancias las leyes extranjeras, porque ha estimado que sólo la ley extranjera puede dar una solución verdaderamente justa en ciertas materias.

Cuando no se obtiene esa solución que se pensó obtener al declarar aplicable, de manera abstracta, la ley extranjera, la **lex fori** debe imperar sobre ella. Es decir, cuando esa regla hace producir efectos distintos a los que se han obtenido, dando una solución poco justa, insuficiente y, aun peligrosa, el juzgador, para evitar estos inconvenientes, no puede más que aplicar su propia ley.

En estos casos es pertinente la aplicación de la *lex fori* declarada inaplicable en un asunto determinado la ley extranjera competente por razones de Orden

Público, no da solución al caso cuestionado importaría una verdadera denegación de justicia a la que ningún juez puede incurrir.

En busca de la solución de un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica, sería entonces aplicable la ley vigente en el lugar de la residencia de la Corte recurrida.

#### **d. APLICACIÓN**

La doctrina coincide<sup>285</sup>, en el sentido que las leyes de Orden Público se deben aplicar de oficio, es decir, por propia iniciativa del juez, sin necesidad de que exista petición expresa y aun a pesar de que la parte renuncie al derecho conferido, lo cual ciertamente no es muy cercano a la realidad porque sobre todo en el campo de los derechos con contenido patrimonial los mismos que en principio son renunciables, en cuyo ámbito es del todo excepcional que sea procedente la aplicación de oficio de las leyes de Orden Público que determinan esos derechos porque normalmente solo se encuentran comprometidos intereses particulares de las personas a quienes se busca proteger.

De lo que se puede colegir que la aplicación de oficio sólo procede en los casos de Orden Público absoluto lo cual posiblemente establece una preocupación por lo que sucede cuando se da la situación en la que no se puede llegar a esa aplicación de oficio.

Debiendo recordarse que cuando se plantea el denominado Orden Público relativo, por ley se asigna a un sujeto de modo obligatorio un determinado derecho –generalmente de carácter patrimonial– pero a su vez se establece que cuando ocurre el objetivo de la norma, es decir, se da la incorporación al patrimonio del indicado sujeto, y es a partir de allí que el mismo puede disponer libremente del derecho pues su situación es que solo tiene un compromiso de carácter solo particular.

---

<sup>285</sup> La Aplicación del Orden Público como elemento de contención a la penetración del Derecho extranjero impugnado por ser contrario al sistema jurídico del foro.



Dándose en este presupuesto que el Juez jamás podrá declarar la aplicación de oficio de la ley por cuanto en el posterior acto de renuncia no está comprometido el Orden Público, por lo que solo debe actuar a pedido del interesado, debiendo respetar la decisión que este adopte por ser el único llamado a decidir si conserva o se desprende del derecho adquirido.

En este caso aparece la prescripción que resulta ser una institución de carácter eminentemente facultativa para el deudor invocar su derecho oponiendo la defensa correspondiente o en su caso hacer renuncia del mismo.

No es el caso del Orden Público absoluto donde el efecto de imperatividad e irrenunciabilidad de un derecho hacen que una persona después de adquirir el derecho que –generalmente es de contenido extrapatrimonial– sino que después deberá gozarlos y ejercerlos aun en contra de su voluntad. Es pues en este sentido que el Juez queda obligado a aplicar de oficio la ley, pues como se ha dicho el derecho potestad concedida resulta irrenunciable por razones de Orden Público y se garantiza su goce y su ejercicio aun a pesar que el beneficiario no efectúe ningún pedido o incluso haya decidido desprenderse de ellos.

De darse que el titular renuncie a esos derechos, para los principios generales, el acto dispositivo será sancionado con una nulidad absoluta por ser su objeto prohibido y violatorio del Orden Público, de tal manera que el Juez está obligado a declarar la invalidez de oficio cuando sea expreso en el acto o aparezca de la prueba producida en el proceso, y la “nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”. Se debe tomar en cuenta que la nulidad aparece “manifiesta en el acto” cuando ella surge tanto del “título” como de la restante prueba incorporada al proceso.

La obligación del juez de aplicar la ley por propia iniciativa<sup>286</sup> sin previa rogatoria de parte e incluso contra la voluntad del destinatario constituye la

---

<sup>286</sup> Los jueces son los que tiene libre la iniciativa para aplicar las reglas del Orden Público de manera tal que puede realizar una adecuada actuación de la institución en el mejor de los casos.

mejor forma de aseguramiento del carácter imperativo del derecho pues lo que interesa al Orden Público es que el mismo subsista en cabeza del titular en franco reconocimiento a la prevalencia del interés de la sociedad sobre el interés particular.

Así, si un trabajador renunciara a un derecho que le concede la ley si un padre renunciara a la patria potestad o un funcionario público a las facultades, las antes citadas renunciaciones serán nulas y es el caso de que el Juez deberá de oficio aplicar la ley de Orden Público en cuestión para garantizar que el destinatario goce de manera tangible del derecho o potestad atribuida de manera imperativa.

#### **e. CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN.**

El recurso de Casación y la excepción de Orden Público están destinados a resolver los conflictos que pudieran presentarse en el proceso de aplicación del Derecho durante su interpretación, de lo cual puede dilucidarse que en el Derecho Internacional Privado los problemas derivados de la interpretación tienen una dimensión diferente; lo que ocurre, sin embargo, es que cuando se suscita interpretación errónea la consecuencia inmediata es siempre la misma sean cuales sean las leyes actuales; inaplicación de unas y aplicación indebida de otras.

Así la cuestión el recurso de Casación por infracción de ley resulta siempre posible en los supuestos en dilucidación.

La Sentencia Española del 05 de abril de 1966 señala “(...) Comete las infracciones legales que en el recurso se acusan pues por un lado interpreta erróneamente el párrafo tercero del artículo 11 del C.C. y por otro lado, deja de aplicar el número 5º del artículo 83 del C.C. Español y los artículos 51, 52 y 104 del mismo cuerpo legal que eran de pertinente aplicación (...)”<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> La jurisprudencia española viene a ser el mejor instrumento en la dilucidación del Orden Público por cuanto realiza toda una labor de concretización del mismo.

En el sistema jurídico español se plantea de un carácter tautológico a la apelación a una excepción de Orden Público cuya consideración nos lleva a una reiteración del resultado que genera el artículo 1692 de la L. E. C. así en el –caso de la casación y de la excepción de Orden Público su estimación supone la aplicación final de la ley interna del foro. En el caso de la casación se declara la interpretación errónea de la regla de conflicto que por ello resulta aplicada, y en tanto que si se usa la vía de excepción lo que se excluye es el resultado a que conduce la aplicación del Derecho extranjero declarado aplicable por el juego normal de la regla de conflicto. Resultando incoherente que el Derecho interno y el extranjero sean simultáneamente aplicables a un mismo supuesto. Se puede arribar a la solución que en el caso del Orden Público es mejor acudir a la actividad legislativa. Pues resulta difícil defraudar al ordenamiento peruano mediante una alteración del punto de conexión de la nacionalidad, desde luego perderán esta los que voluntariamente adquirieran otra; se que requieren otros requisitos para que produzca sus efectos la pérdida de la nacionalidad, debiendo anotarse la subsistencia de una variedad de criterios intervinientes en la determinación de la nacionalidad.

No se debe hablar del efecto negativo y positivo del Orden Público, puesto que éste siempre produce ambos efectos: Elimina el Derecho extranjero nocivo y lo sustituye por el Derecho Inofensivo.

Lo que existe es el resultado positivo o negativo de su intervención que se encuentra en relación inversa al carácter negativo o positivo del Derecho extranjero descartado. Así, si lo perjudicial del Derecho extranjero reside en que niega una facultad, por ejemplo, si impide pedir la anulación de un matrimonio civil celebrado cuando uno de los cónyuges aún estaba unido con otra persona canónicamente, el Orden Público produce un resultado positivo al aplicar la ley material del juez que autoriza el ejercicio de la citada facultad. Si, por el contrario, lo perjudicial del Derecho consiste en que concede una facultad, la de divorciarse por ejemplo, el Orden Público produce el resultado negativo de impedir el ejercicio de esta facultad.

Como vemos el Orden Público produce a veces un efecto simplemente negativo y otras un efecto negativo y positivo a la vez. Para poder saber cómo actuar ante dichos casos, es preciso distinguir una ley prohibitiva de una imperativa.

La *lex fori* <sup>288</sup> establece una prohibición, esta debe ser respetada, y solo basta abstenerse de aplicar una ley extranjera que permite lo que la ley de la Corte prohíbe. Es un efecto negativo. Es decir, hay un rechazo absoluto de la ley extranjera competente, sin que el A-quo deba preocuparse qué ley sería aplicativa para esa situación.

En los casos que la *lex fori* no solo prohíbe, sino que ordena la realización de un acto determinado, por considerarlo indispensable, la Corte no solo tiene que abstenerse de aplicar la ley extranjera, sino que es menester además que permitan la realización del acto que la *lex fori* autoriza, es decir, se aplica la esta para que el acto se realice conforme a sus disposiciones.

Resulta entonces necesario, que al exceptuarse la aplicación de la ley extranjera, el juez conozca en base a qué ley, o a qué disposiciones, resolverá el caso concreto. La ley nacional, por ser la *lex fori*, presenta doble ventaja: ser más conocida por el juzgador, y por ser compatible con las buenas costumbres del lugar del proceso, lo que justifica su aplicación subsidiaria.

El Orden Público sirve como una fórmula que equilibra dentro de una interpretación comunal y orgánica de la vida los elementos e intereses que se dan sobre la existencia de la persona. El Orden Público protege los intereses consustanciales de la comunidad internacional es garantía y defensa de los principios constitutivos de la comunidad estatal y procede al amparo de la persona humana en sus intereses y libertades esenciales. Es un instrumento del que se sirve una concepción personalista para poner límites al proceso de gregarización de uniformidad universal y tecnificada de la vida. Por esto se puede decir, que el Orden Público ampara especialmente las formas sociales

---

<sup>288</sup> La *lex fori* es siempre un elemento que debe ser la que se tome en cuenta para la concretización del Orden Público.

de vivir y de ser una comunidad humana. Lo cual por otro lado explica el porqué el Orden Público no sea absorbido por la defensa del ordenamiento estatal sino que también tienda a velar por la autenticidad y personalidad de otras comunidades, como son las minorías nacionales, de las regiones, miembros de una federación, grupos nacionales que en su pasado histórico fueron expresión de auténticas nacionalidades –como sucede en los estados divididos en regiones autonómicas– por lo que se puede señalar que en los fenómenos de estados formado por regiones autonómicas se presentan los llamados conflictos internos.

Se ha sostenido en forma general lo siguiente:

- 1) Los efectos del Orden Público son en principio estrictamente territoriales lo que no impide que por diversas razones se establezcan o reconozcan efectos al Orden Público extranjero.
- 2) Pueden ser los efectos del Orden Público positivo y negativo.

Positivos en cuanto se impone una norma del Foro que quedaría de otra forma excluida por admitirse la aplicación de la ley extranjera.

Negativos al darse la exclusión de la norma extranjera lo que significa la inexistencia de efectos –en este extremo es de intervención la distinción muy clara dada en la doctrina francesa cuando esta habla de intervención simplemente negativa—no se admite un divorcio, no se consiente en una investigación de paternidad, no se acepta una confiscación, no se convalida un testamento, etc.) o en sentido inverso se reconocen efectos positivos –imposición positiva de la ley del foro– se reconocen efectos a una ruptura de los esponsales, se admiten una prescripción que la ley extranjera no autoriza, se consiente con la celebración del matrimonio civil, etc. Distinguir entre una teoría negativa y positiva del Orden Público en parte ha incidido en esta clásica distinción y por la identidad de los términos expresados ha ocasionado una cierta confusión, aun cuando los planos son de carácter distinto. Al hablar de doctrina positiva y negativa del Orden Público se plantea diferenciar una actitud mayoritaria de los que piensan que el Orden Público partiendo de la preceptuada aplicación de la norma extranjera, procede posteriormente a

suspenderla, en este grupo se inscriben QUADRI, SPERDUTTI que señalan que a través del Orden Público se prescriben a priori la aplicación ineludible de determinadas normas del foro, PILLET, señaló un tipo de efecto específico al que le denominó efecto reflejo<sup>289</sup> RIGAUX procedió a destacar su significación por ver en esta noción una manera complementaria de respaldar el denominado principio de los derechos adquiridos. En Francia lo que se busca es reconocer un derecho adquirido en un sistema jurídico extranjero en mérito a la acción del Orden Público local. Su acción está dirigida al Orden Público denominado positivo interviniendo ante todo en materia de divorcio, de matrimonio civil y supone una manera de dar relieve a un Orden Público extranjero que en discrepancia del ordenamiento personal competente, no obstante coincide con el foro –Un ejemplo, es el reconocimiento en Francia de un divorcio de españoles decretado por motivo de Orden Público belga en un tribunal belga.

Lo fundamental es determinar qué efectos produce la invocación del Orden Público dentro de una valoración negativa del mismo. La doctrina más aceptada nos habla de un efecto sustitutivo: la exclusión de la norma material extranjera supone inmediatamente la aplicación de la norma material del Foro.

También es cierto que los autores que optan por esta posición tratan de restringir su alcance al insistir en el grado de intensidad y de desarmonía y de perturbación que deben darse para que se proceda a invocar el Orden Público. La doctrina alemana se manifiesta por una posición diferente y que algunos han calificado de efecto eliminatorio. Es que al efecto plantean que la acción de la cláusula de Reserva se centra en una determinada norma extranjera o en una consecuencia muy concreta pero que en modo alguno supone negar por completo la localización reconocida y con ello la vocación competencial del ordenamiento reclamado. Lo que debe hacerse es buscar dentro del ordenamiento extranjero otra disposición que, teniendo una análoga *ratio legis* no incite a la acción defensiva del Orden Público. Así, el ordenamiento extranjero no admite la prescripción de los créditos en vez de estar a lo que

---

<sup>289</sup> La doctrina resulta contradictoria en este sentido de tal manera que hurgar un mejor desarrollo es adecuado para encontrar puntos de coincidencia entre los distintos sistemas jurídicos.

disponga el ordenamiento material del foro se averiguará si en el ordenamiento reclamado existe la institución general de la prescripción o alguna que cumpla funciones análogas. Con la intervención funcional y judicial del Orden Público –siempre dentro de esta noción de la combinación y colaboración de los sistemas– resulta viable dejar sentada como posible y no irreal como piensa BATIFFOL la doctrina germánica.

Sin embargo, se debe señalar que la eliminación parcial del derecho extranjero<sup>290</sup> por la acción del Orden Público del Foro se ha ido generalizando en la doctrina –YASSEN, BYSTRCKY, VALLADAO.

Este último autor partiendo de la exclusión parcial nos habla de un peculiar modo de presentarse el problema de la Adaptación que el también designa como de la aproximación.

La norma de colisión como proyecto de reglamentación se ultima determinando un efecto jurídico que es la consecuencia legal del supuesto tomado en consideración. La norma de colisión usa una fórmula de referencia o de reclamo para determinar cuál será la norma o las normas enunciativas que materialmente cristalizan el resultado, se suscitan el problema del alcance y sentido que hay que dar a la designación de ley extranjera hecha por la norma de colisión; una vez que está última ha conseguido precisar la norma material aplicable se hace necesario determinar el alcance, los efectos y la extensión con la que se procede a insertar en el ordenamiento reclamante la ordenación propuesta por el legislador extranjero.

El Derecho extranjero dadas las circunstancias impuestas por el ámbito internacional dominante no tiene un trato y una significación exactamente igual que la que posee el derecho del Foro. El deseo de lograr situar en igualdad al Derecho extranjero<sup>291</sup> respecto del nacional puede ser la expresión razonada de una necesidad y de un porvenir lo cual hoy no es realidad.

---

<sup>290</sup> Cuando se elimina el derecho extranjero se puede colegir que las normas de aplicación son las normas del Derecho nacional.

<sup>291</sup> El Derecho extranjero puede permitirse igualdad solo con los criterios del Derecho nacional.

Se debe reconocer la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y tener presente lo siguiente:

- 1) Una situación de inferioridad con respecto del derecho del foro, de cuyo sistema institucional y de poder depende su aplicación concreta.
- 2) Una mayor dificultad en cuanto a su conocimiento, interpretación y el control judicial de su aplicación.

Hay que señalar que cuando el juez tiene que aplicar la ley extranjera se siente en una posición difícil, que cuando para resolver un conflicto debe aplicar sus normas materiales propias; en doctrina se permite hablar de la natural inferioridad del Derecho extranjero, el carácter excepcional de su aplicación y/o de otro lado afirmando tentativamente que existe una concepción normal y general de la *lex fori*.

La norma de colisión plantea un salto al vacío el llamamiento a un sistema normativo extranjero cuyas disposiciones no se conocen perfectamente y que pueden modificarse para sujetarse a principios y criterios de inspiración en modo alguno compatibles con los que dominan en el ordenamiento del foro.

La norma de colisión es en realidad un cúmulo de probabilidades que son esenciales al efecto de la misma disposición del ordenamiento nacional y las consecuencias previsibles producidos por la aplicación de una ley extranjera, o el reconocimiento de las consecuencias al amparo de la norma extranjera o de actos jurídicos ultimados en el extranjero.

Por ello, siempre se ha planteado la inquietud en el sentido de saber ¿en qué condiciones y dentro de qué restricciones puede realizarse la inserción de una norma material extranjera? Al efecto se señala que el Orden Público es un elemento constitutivo del Derecho Internacional Privado<sup>292</sup> en tanto este corresponda al modelo conflictivo y a la norma de colisión.

---

<sup>292</sup> En realidad la institución del Orden Público se venido ha constituir un elemento muy importante en el desarrollo de la propia materia del Derecho Internacional Privado.



El cuestionamiento de este método por el jurista EHRENZWEIG y otros juristas permite un menor uso del Orden Público.

Cuando se establece el rechazo a la aplicación de la ley extranjera que normalmente sería aplicable por reclamarla la norma de colisión del foro el Orden Público produce un efecto negativo, es decir, se dé la denegatoria como consecuencia de que la institución del Derecho se halla no prevista en el ordenamiento jurídico.

En el otro extremo se observa la existencia de los juristas que consideran que se da un doble efecto: el efecto positivo y el efecto negativo (Goldschmidt) por que como explica el referido autor la negativa del juez supone a la vez aplicación de una norma del sistema jurídico del Juez del foro por lo que más bien habla de un efecto sustitutorio al aplicar una norma de la *lex fori*.

La negativa que se plantea se establece a partir de que ocurre la presencia de una norma de *lex fori*, implicando que la negativa del juez no está desvinculada de su sistema jurídico. Entonces se puede columbrar que el juez debe basar su negativa en una norma de la *lex fori* que lo obligue a rechazar la ley extranjera como contraria al Orden Público.

No existe pues sustitución sino que se da que el efecto negativo está ordenado por una norma que conforma la ley del Foro, el ejemplo en la pretendida investigación que se pretende realizar respecto de la paternidad intentada por el demandante frente a su presunto padre por entender que ello contraviene el Orden Público del foro, la negativa sin duda es consecuencia de alguna norma del sistema jurídico del foro que de manera terminante prohíbe tal investigación no existiendo tal sustitución de una norma por otra, no pudiendo incluso decirse que los efectos positivo y negativo son secuenciales pues resulta que la sola interposición de una demanda podría convertir la sucesión de los efectos en sentido inverso con lo que no se puede asegurar ninguna explicación determinante de la preeminencia de alguno de los efectos.

El Juez asume la aplicación del Orden Público en dos supuestos:

En el caso de CREACIÓN DE UN DERECHO<sup>293</sup> en el país del foro regida por una ley extranjera.

Y cuando se trata del reconocimiento de un DERECHO ADQUIRIDO EN EL EXTRANJERO –o un acto jurídico, contrato o situación jurídica– es decir al amparo de una ley extranjera.

Es decir, que la excepción de Orden Público puede también oponerse al reconocimiento y a la ejecución de una decisión judicial extranjera o de un acto público extranjero. Siendo que lo frecuente es que la sentencia o el acto extranjeros sean conformes con la ley del país del que emanan y es la incompatibilidad entre esta y la *lex fori* lo que explica la negativa a reconocerlos.

O son considerados insuficientes las normas de procedimiento del Derecho extranjero o el contenido de la disposición legislativa aplicada por el Juez o incluso el método por el cual ha resuelto un problema de conflicto de leyes, impiden reconocer su decisión.

Ocurre entonces que si el legislador se ha manifestado contrario a una determinada ley extranjera en el sentido de declararla contraria al Orden Público del foro –excepción– el juez deberá tenerla presente obligatoriamente mientras que tal concepto no sea variado por el legislador, si esto fuera en sentido contrario el juez deberá respetar también la opinión del legislador lo cual puede permitir perfilar la idea que cuando este se ha expresado en forma específica por el carácter contrario o no de regla con el Orden Público del foro el Juez lo que debe hacer es solo cumplir con lo expresado por el legislador hasta que no se dé una variación en el criterio del mismo.

Sin embargo, debe también puntualizarse que la tendencia de los legisladores no va en ese sentido, sino, por el de usar una fórmula que no delimita el contenido del Orden Público. Un ejemplo es cuando se señala: “La aplicación

---

<sup>293</sup> Cuando se produce la creación de instituciones del Derecho en un determinado Estado se debe buscar una adecuada sincronización de los derechos.

de una norma jurídica extranjera reclamada por la norma de colisión no tendrá lugar si su contenido contraviene el Orden Público”.

F. RIGAUX<sup>294</sup> plantea como elemento para reconocer las concepciones sobre la excepción del Orden Público al estudiar el repudio como institución incompatible con el Orden Público del foro; en Italia y Suiza se excluye en cambio en la jurisprudencia francesa, inglesa y belga, por cuanto los tribunales deben verificar si el repudio en la mujer ha causado violación de derechos fundamentales, indica Trib. Fed. 8 de febrero de 1962, *Clunet* (1965), Cas. Italia 5 de diciembre de 1969 *Riv. De dir. Int. Priv. Ex. proc.* (1970) 868 Cas. Civil 22 de enero de 1951, *revue* (1951) 170; Seine 17 de abril de 1, 962 *Clunet* (1963) 150 *Quereschi c. quereschi* (1972), 2 *W.L.R.* 519 Civ. Bruselas 13 de marzo 1971 *J.T.* (1975) Bruselas 17 de diciembre de 1974 *J.T.* (1975), 279, es el que abona el artículo 3 de la ley holandesa del 25 de marzo de 1,981 (*Revue* 1981, 809) también J. LENOBLE<sup>295</sup>.

De lo que se puede columbrar muy fácilmente que nace el protagonismo de los jueces los que a la realización de la aplicación de la ley extranjera establecen o determinan si las mismas contrarían el Orden Público. El mismo que visto aparece como un mecanismo eminentemente judicial, tal es el caso que investigarlo implica atender a la jurisprudencia.

Es el Orden Público que determina la condición de la sentencia extranjera, así la cosa juzgada nacional cubre todas las aristas, pudiéndose controvertir solo por las vías que reconoce la ley nacional, la sentencia extranjera resulta muy frágil, sin embargo, ambas quedan al arbitrio de la decisión que se conciba en el estado del foro, es decir, a su vez el Orden Público constituye un obstáculo al reconocimiento de una decisión irregular en el sistema jurídico interno que tenga la calidad de cosa juzgada.

Es, pues, el Orden Público un equilibrio de la revisión de fondo en la medida que permite excluir el reconocimiento de una decisión extranjera que contenga

<sup>294</sup> RIGAUX, Francois. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 331.

<sup>295</sup> LENOBLE J. “El repudio en el Derecho Internacional Privado belga”. Pág. 175.

un error de hecho o de derecho que la haga incompatible con el Orden Público del país requerido.

En tal sentido WOLFF reafirma que “el juez está obligado fundamentalmente a aplicar solo el orden de su país” lo que por contradicción nos lleva a entender que el juez del foro no debe tener en cuenta los principios de Orden Público extranjero. Se debe tener en cuenta que cuando las normas del foro indican el Orden Público y a las buenas costumbres esto debe hacer por el Juez en el momento de interpretación.

DIENA manifestó al respecto: “estado de la opinión pública en el momento de juzgar” AGO señaló “no puede establecerse más claramente desde un punto de vista general y apriorístico”.

También se indica que el juez aplicará la excepción de Orden Público en forma restrictiva lo cual expresa en el presupuesto de darse auténtica incompatibilidad, AGO ha dicho al respecto: “debe verificarse concretamente y constatarse en relación con el caso concreto”.

La justificación de su aplicación no radica solamente en que la ley extranjera sea diferente u opuesta al ordenamiento del foro ni tampoco que la institución jurídica extranjera sea desconocida, sino que se necesita una incompatibilidad manifiesta entre la ley extranjera y los principios básicos que sustentan el ordenamiento del foro.

Cabe en este extremo precisar que dado el carácter defensivo del Orden Público este no es contra todo el ordenamiento jurídico extranjero, sino única y exclusivamente contra la norma o normas concretas perturbadoras. Pudiendo el juez condenar solo la ley extranjera contra el Orden Público salvando lo demás del ordenamiento extranjero, lo cual debe tenerse presente al momento del exequátur, lo mismo debe realizar en el caso de los derechos adquiridos a los que deberá reconocerse cuando no contravengan el Orden Público del foro. De apuntarse también que si una institución estuvo positivizada en un ordenamiento jurídico determinado y luego ya no lo es el tribunal del exequátur no deberá denegar por ese hecho el reconocimiento alegando que la institución

ya no está vigente o que la misma sí lo está. Debe eliminar en su actividad la idea de que fue de Orden Público. Lo que debe tener en cuenta exclusivamente es si lo es en ese momento.

### **Sanciones por la violación del orden público.**

Cuando un determinado acto jurídico viola una norma de Orden Público, el Derecho reacciona privándolo de validez<sup>296</sup>, es decir, se le impone la sanción de nulidad.

Sin embargo, existen circunstancias en que el legislador con el propósito de aumentar la protección del interés general comprometido al efecto establece sanciones especiales que castigan las violaciones de las leyes de Orden Público, al margen de los actos violatorios, en caso que corresponda.

Esto significa que dado una mayor intervención del Estado en el tráfico privado van ha surgir por su propio devenir leyes de Orden Público económico y social para lograr la debida protección de las personas menos favorecidas y con el propósito de imponer una determinada política económica y que fueron las que establecieron, además de la nulidad tradicional, disponiéndose de sanciones administrativas, penales para concretizar su cumplimiento y así permitir el acatamiento de sus mandatos imperativos.

Así, las leyes especiales fueron fraccionadas para el caso de que se vulneren sus disposiciones como son las multas, clausuras, cancelación de autorizaciones para funcionar, decomiso de mercaderías, pérdida de concesiones, privilegios, ventajas impositivas o crediticias, etc. y en determinados casos las sanciones penales.

Como paradigma, de lo que se señala se puede mencionar el régimen de sanciones administrativas en el derecho de trabajo en la cual se ha determinado un sistema de policía del trabajo con el objeto de garantizar al

---

<sup>296</sup> La violación del Orden Público implica un sinnúmero de sanciones entre los Estados que incumplen con las reglas mayoritariamente aprobado por el Derecho de los estados.

máximo el cumplimiento de toda la legislación laboral incluidos los convenios colectivos de trabajo, sanciones parecidas se han dado con diversas leyes de Orden Público económico y social, así tenemos, la defensa del consumidor, sobre tarjetas de crédito, defensa de la competencia<sup>297</sup>, etc.

La cuestión es en realidad precisar de manera muy concreta la relación que se da entre el Orden Público y la invalidez de los actos que lo vulneran.

Al darse un acto jurídico contrario a una norma de Orden Público imperativa, la respuesta del ordenamiento jurídico será privarlo de validez –lo que significa sanción de nulidad– lo que es conforme al principio según el cual siempre debe prevalecer el interés superior de la sociedad por sobre los intereses particulares de quienes lo otorgaron.

Sin embargo, en la doctrina existe una posición doctrinaria que estima que el Orden Público no tiene ninguna implicancia con las nulidades y es que estas siempre son una cuestión muy huidiza de difícil y complicada sistematización, así en primera instancia debemos de mencionar que se distinguen la nulidad absoluta y relativa, siendo que la primera de las nombradas resulta ser la más grave respuesta del orden jurídico a una violación, y su principal objetivo es que el acto violatorio no produzca ninguna consecuencia jurídica por lo que se descarta su convalidación y es que la acción de nulidad es de carácter irrenunciable e imprescriptible, permitiéndose su actuación a cualquier interesado<sup>298</sup>, incluso al Ministerio Público, debiendo el juez de oficio declarar la nulidad.

En el caso de la segunda de las citadas resulta ser una sanción menos rigurosa pues su invocación pueden realizarlo aquellos a quienes las leyes los han señalado, los que a su vez podrán convalidar el acto ilegal si deciden no impugnarlo, en este caso la acción de nulidad es renunciable y prescriptible de

---

<sup>297</sup> Los distintos derechos modernos se revelan como elementos de defensa de la persona humana en los tiempos actuales y frente a un sistema jurídico de tipo injusto.

<sup>298</sup> Los distintos operadores jurídicos se encargarán de establecer el sentido del Derecho frente a las nulidades.

tal modo que el juez no podrá declararlo de oficio y podrá declarar la invalidez solo si existe un pedido de la parte legitimidad para actuar.

Así, los efectos son de carácter distinto entre una y otra forma de nulidad en caso de invalidez absoluta será porque el acto vulnera el Orden Público, en sentido amplio señalado y será relativa cuando solo afecte intereses privados de la persona en cuyo favor se ha determinado la sanción de nulidad.

Sin embargo, es parodójico que en el caso de los incapaces de hecho, las leyes que regulan la capacidad de las personas son de Orden Público, pero se admite que también sin discusión que los actos que violan esas leyes son pasibles de nulidad relativa por cuanto se refiere a los intereses particulares del incapaz, siendo así tenemos que en caso que en este particular asunto se viola una ley de Orden Público, no se da una nulidad absoluta como corresponde sino una nulidad relativa.

Lo que se ha señalado que por el contrario las leyes sobre la capacidad solo son de carácter imperativo y solo tienen por objeto proteger el interés particular del incapaz, de lo que se columbra que es normal que solo exista una nulidad relativa.

Aunque desde otra arista se señala que en todos los casos de nulidad está comprometido el Orden Público solo que se dan diferentes rangos en un caso la violación es tremenda y conmueve los cimientos del ordenamiento jurídico, en cambio en los otros casos el Orden Público cede ante el interés jurídico de los particulares de conservar un acto.

Existe también aquella orientación doctrinaria<sup>299</sup> que establece que debe eliminarse por falsa e incorrecta la posición por la cual la violación de una ley de Orden Público siempre acarrea una nulidad absoluta, y a su vez propone eliminar toda referencia al Orden Público como elemento para establecer si la nulidad de un determinado acto es absoluta o relativo evitando así el uso de un

---

<sup>299</sup> La doctrina jurídica ha sido muy ampulosa en lo referente a que existe un adecuado inicio de los distintos mecanismos de carácter jurídico.

concepto ambiguo y conflictivo, estimando así que la nulidad será absoluta si es contrario a los intereses generales o colectivos y relativa si solo afecta los intereses particulares o individuales.

ARAUZ CASTEX<sup>300</sup>, el Derecho civil se aparta de todas las posiciones doctrinarias y señala “que las leyes cuya violación da origen a nulidades absolutas –cuando media un interés general son siempre imperativas. En cambio, las que originan nulidades relativas –cuando media un interés particular– son supletorias porque puede ser renunciada por aquel en cuyo beneficio se ha instituido; debe en este extremo puntualizarse que este autor es el que en lo referente a las nulidades no hace referencia al Orden Público sino por el contrario a la cuestión de la ley imperativa.

Iniciando un inventario de posiciones se puede decir que no está en cuestionamiento que son inválidos los actos violatorios de una ley de Orden Público, por ser inexcusable y obligatoria e imperativa y inderogable.

Sin embargo debe tomarse en cuenta que se producen actos ilegales que tratan de impedir que la ley imperativa produzca sus efectos normales (actos derogatorios).

Lo que se denominarían Actos Derogatorios de la Ley Imperativa<sup>301</sup>. Los que son lógicamente ilegales en tanto pretendan sustituir o excluir la aplicación futura de una ley de Orden Público para impedir que produzcan los efectos que son normales, y serán inválidos y sancionados con la nulidad absoluta por ser su objeto prohibido y violatorio del Orden Público, los que pueden ser bilaterales o unilaterales, por lo que se puede decir que contienen nulidad absoluta los actos derogatorios que busquen anteladamente dejar sin efecto normas de Orden Público es el caso de la nulidad por causa –fin ilícita, nulidad por objeto prohibido, nulidad por incapacidad, nulidad por dolo o violencia, las leyes de defensa del consumidor, las leyes de locación urbanas, las de las normas laborales. Así, la actividad derogatoria no significará tropiezo en el

<sup>300</sup> ARAUZ CASTEX. “Derecho Civil”. Tomo II. Pág. 462.

<sup>301</sup> Los actos de este tipo requieren una especial forma de legislación que requiere en muchos casos la aceptación del pueblo por medios como por ejemplo el jubileo (referéndums, etc.).



futuro cuando se dé el acto violatorio del contenido de la ley de Orden Público esta subsista en toda su plenitud y genere la invalidez de dicho acto, haciendo surgir el derecho a impugnarlo por acción de nulidad, cuyo titular será el interés de por medio, cualquier interesado en el caso de nulidad absoluta y solo en particular alguien cuando se le busca proteger en el caso de nulidad relativa, entonces se presente que los casos la imperatividad de la ley de Orden Público es garantía cuando se efectúe el acto ilegal –supuestos ya enumerados– la ley de Orden Público estará vigente y lo privará de eficacia al sancionarlo según el caso con una nulidad absoluta o relativa.

Al otro lado están los actos ilegales<sup>302</sup> que violan su contenido –de la norma imperativa– es lo que preceptúa la ley imperativa. Estos actos ilegales pretenden vulnerar los preceptos de una ley de Orden Público que se encuentra plenamente vigente sea por no haberse dado ningún acto derogatorio previo o en todo caso se dio sus efectos y término en una nulidad absoluta, pero se tiene que cualquier acto que atente o viole el contenido de la ley imperativa será inválido naciendo el derecho a incoar la acción de nulidad. Para ello se requiere establecer qué tipo de invalidez –absoluta o relativa– afectara al acto para ello se requiere conocer el tema de la renuncia del derecho a impugnar el acto inválido, allí surge del tipo de gravedad de infracción siendo que cuando el acto ilegal lesione los intereses generales o colectivos esto el Orden Público por lo que deberá ser eliminado de modo que no haga nacer efecto alguno, sin posibilidad de saneamiento o convalidación, lo que hace la acción de nulidad sea irrenunciable e imprescriptible, pudiendo ser ejercida por cualquier interesado hasta por el Ministerio Público, muy aparte del deber del juez de declarar de oficio si aparece manifiesta en el acto. Lo cual resulta que la invalidez será relativa si el acto ilegal solo lesiona el interés particular o individual, en cuyo caso la acción de nulidad solo se otorga a la persona que la ley de Orden Público busca proteger, el que puede hacerla valer o renunciar a la misma, convalidando el acto ilícito. De lo que se colige es que la cuestión principal es determinar si el llamado a impugnar tiene el derecho o no a impugnar el acto ilegal, de darse el presupuesto que la acción

---

<sup>302</sup> Los actos ilegales son el elemento que tiene mayor incidencia en cuanto se trata de la aplicación de la institución del Orden Público.

de nulidad es irrenunciable para su titular por estar de por medio el Orden Público, la invalidez será absoluta y el acto ilícito no podrá ser convalidado, todo lo contrario sucede si la acción es renunciable será porque entonces solo hay un interés privado de la persona en cuyo beneficio se ha establecido la nulidad, pudiendo darse el saneamiento o convalidación. Lo que se trata es de determinar si es un interés particular, en cuyo caso es nulidad relativa y si el interés es en Orden Público será nulidad absoluta, lo que permitirá al juez determinar si la invalidez del acto ilegal es absoluta o relativa. Pues son los jueces tendrán un Orden Público o se trata de un interés particular luego de evaluar los términos de la ley imperativa infringida así como también su espíritu y finalidad, la naturaleza de la cuestión si se busca defender en particular a determinadas personas las circunstancias imperantes en determinada ocasión.

Se puede señalar que cuando estamos frente a situaciones donde solo exista uno de los efectos de la imperatividad se producirá el Orden Público relativo y cuando ocurra la concurrencia de imperatividad e irrenunciabilidad se dará el Orden Público absoluto. De lo que se puede colegir es que, sean nulidades absolutas o relativas se halla de por medio el Orden Público, desde que se dan desde que ocurren actos violatorios de leyes imperativas, inderogables y de inexcusable cumplimiento sea porque se trata de excluir su aplicación o porque se atenta contra su contenido, pudiéndose columbrar muy fácilmente que aun cuando la autonomía de la voluntad consagre un acto ilegal como inválido, la ley de Orden Público debido a su carácter imperativo siempre vigente será la llamada a privarlo al acto ilegal de eficacia y determinar el derecho a impugnarlos a las personas que resulten de las llamadas para hacer valer la nulidad, sin embargo, se puede presentar los actos derogatorios, estos serán pasibles de nulidad absoluta, todo lo contrario es con los actos violatorios de la ley de Orden Público, que pueden ser objeto de nulidad relativa y/o absoluta según el caso de las personas legitimadas para impugnarlas, puedan o no renunciar a ejercer las acciones de nulidad, esto tendría sinonimia con el planteo de Orden Público absoluto y Orden Público relativo, este último producirá un efecto menos grave solo se da el efecto de la imperatividad mas no la irrenunciabilidad, pues el Derecho podrá ser renunciado libremente por su titular haciendo posible el saneamiento y convalidación del acto inválido, la

limitación de la autonomía de la voluntad es menos severa, pues solo se trata de la imperatividad de la ley, en cambio, en los casos de nulidad absoluta se dacha la sanción legal más grave pues se configurará una situación de Orden Público absoluto ya que además de la imperatividad se producirá la irrenunciabilidad, se dacha el presupuesto que quienes sean los legitimados para incoar la acción de nulidad no podrán renunciar a ella porque en ningún caso el acto inválido podrá ser saneado o convalidado, la limitación de la autonomía de la voluntad será más severa, por cuanto concurren y existen tanto la imperatividad de la ley como la irrenunciabilidad del Derecho a impugnar el acto inválido.

Debemos señalar que en todo caso sucede que la doctrina radica que el Orden Público tiene niveles por lo que existe el Orden Público absoluto y el relativo, después de haber identificado el acto violatorio de una ley de Orden Público puede ser sancionado sea con una nulidad absoluta como con una nulidad relativa independiente del acto violatorio sino que depende de la impugnación si esta es renunciable o no, siendo muy objetable la división entre leyes imperativas y de Orden Público, que resulta antijurídica e innecesaria.

No se debe buscar cambiar la expresión “Orden Público” por “intereses generales” o “colectivos” porque se trata de un cambio absolutamente semántico y no conceptual y es que ambos términos son jurídicamente equivalentes, pues todas las nulidades –las absolutas y las relativas– atañen al Orden Público.

En el caso de otras doctrinas CARDINI y AGLIANO<sup>303</sup> estas son irrelevantes por cuanto desestiman lo más importante del carácter del Orden Público es decir su imperatividad y su carácter infranqueable para la autonomía de la voluntad.-

ARAUZ Y CASTEX<sup>304</sup>, quien establece que las nulidades relativas son siempre supletorias, es falsa por cuanto las leyes que dan origen a las nulidades son

<sup>303</sup> CARDINI y AGLIANO. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Pág. 127.

<sup>304</sup> ARAUZ CASTEX. “Derecho Civil”. Tomo II. Pág. 467.

siempre imperativas e inderogables, esto debido a que son de Orden Público, lo que puede renunciarse es el Derecho de impugnación.

#### **f. CONSECUENCIAS DEL ORDEN PÚBLICO.**

Se producen estas consecuencias como producto de la acción que constituye el orden publico y puede en los siguientes aspectos:

##### **Evicción de la ley extranjera normalmente competente.**

En la mayoría de los casos la evicción de la ley extranjera que habría sido declarada aplicable en virtud de la norma conflicto de leyes, tiene como exclusiva consecuencia la exclusión del efecto jurídico reclamado en virtud de esta ley, es decir, al hijo que no se le permite la investigación de la paternidad, quedara sin filiación paterna, y se rechaza la acción de la segunda mujer de un polígamo.

En este extremo cabe corregir lo que plantea la doctrina, que es frente a esta situación se sirve a *lex fori* como sustitutoria de oficio de la ley extranjera declarada normalmente competente, sino que resulta a veces posible o en el caso preferible llenar el vacío –ocurrido– mediante la aplicación de otra disposición del Derecho extranjero al que la norma de conflicto le ha dado competencia. En ese sentido tenemos el caso de la imprescriptibilidad prevista por la ley de la obligación como contraria al Orden Público del foro, hay que elegir la norma jurídica que determina el plazo de prescripción a que está sometida la acción.

En este extremo el Reichsgericht una decisión que aplicó una ley de prescripción de la *lex fori*, cundo debió llenar el vacío mediante la interpretación de una ley extranjera competente o en todo caso aplicando la ley alemana más próxima al espíritu del Derecho extranjero (RG. 19 diciembre de 1922 RGZ 106, 85).

De lo que se puede columbrar es que la ley extranjera de obligación imprescriptible no debe sustituirse por una ley del foro que establezca un plazo breve sino la disposición de derecho común de la ley extranjera –o en su caso

de la *lex fori*– que sin ser contraria al Orden Público somete la acción a una prescripción larga.

INÉS M. WEINBERG DE ROCA<sup>305</sup> señala “cuando nuestro Derecho Internacional Privado nos remite a un ordenamiento jurídico extranjero, aplicamos este en tanto no atente contra nuestro Orden Público. Cuando en el orden interno nuestro ordenamiento jurídico admite la autonomía de la voluntad en materias dispositivas, aplicamos la convención de las partes en tanto no atente contra nuestro Orden Público. Cuando dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de Orden Público internacional. Cuando una materia no puede ser reglada por las partes dentro de nuestro ordenamiento, porque se trata de derecho coactivo, nos referimos al Orden Público interno”.

Debe acotarse que en principio cada tribunal aplica su propio Orden Público internacional, pues es custodio de sus propios principios inalienables y no de los de las demás naciones. FERID<sup>306</sup> señala que las concepciones básicas del Derecho interno deciden si estamos en presencia de Orden Público internacional. NEUHAUS<sup>307</sup> indica “Cada sociedad puede optar por su forma de vida pero no puede imponerla a las demás naciones. El Orden Público internacional extranjero puede no coincidir con el del tribunal”.

Así tenemos la decisión del Tribunal Alemán que acogió el Orden Público internacional de los Estados Unidos y determinó que un contrato de compraventa de materias primas violaba un embargo dispuesto por los Estados Unidos considerando que era contrario al Orden Público internacional del mundo libre comerciar con países detrás de la cortina de hierro-BGHZ, 34,169; BGH NJW 1962, 1436; RAAPE-STURM Internationales Privatrecht Munich, 1977 Págs. 211-212 indica que la violación del derecho extranjero no puede ser tolerado cuando es contrario a la conciencia del Derecho alemán.

---

<sup>305</sup> WEINBERG DE ROCA, Inés M. “Derecho Internacional Privado”. Legis Actionis. Buenos Aires, Argentina. Pág. 129.

<sup>306</sup> FERID. “Métodos Internacionales”. Pág. 65.

<sup>307</sup> NEHAUS Grundbegriffe. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 388.

## **Efectos jurídicos en general.**

Es el Orden Público-institución el instrumento del que se vale el ordenamiento jurídico para limitar la autonomía de la voluntad la vigencia irrestricta de los intereses generales de la sociedad –Orden Público objeto– de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares, al efecto el Orden Público institución, atribuyendo imperatividad a las normas, declarar irrenunciabiles los derechos, posibilitar permitir que en ciertos casos se apliquen las leyes de oficio y consiguientemente invalidar los actos violatorios del Orden Público, además de otras sanciones de allí que trataremos de incidir en dos extremos en la imperatividad de las normas y la irrenunciabilidad de derechos que resultan ser los mas controvertidos y buscando incluso conocer respecto de las nulidades.

### **h. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS**

El Orden Público es aquella ley a la que el legislador no la ha despojado del *imperium* que es parte de su naturaleza, vigor imperativo que le ha permitido enfrentar la voluntad individual contraria así como a la ley extranjera aplicables conforme a las reglas generales a los actos pasados en todo tiempo, imponiéndose dentro del territorio a todas las personas, todas las cosas, todos los actos, en todos los lugares y en todos los tiempos, que solo cesa cuando se enfrenta contra garantías constitucionales y que puede ser declinada discrecionalmente por el legislador cuando este lo estime conveniente.

Se debe establecer que una ley se imponga a las voluntades individuales pero no a la ley extranjera extraterritorialmente aplicable así una ley puede ser imperativa frente a la voluntad individual y ante la ley extranjera y a su vez no ser retroactiva, porque ese efecto infringiría la inviolabilidad de la propiedad al afectar derechos adquiridos o el denominado principio constitucional de “ley anterior”. La discrecionalidad legislativa debe mantener o declinar el vigor natural de la ley, pero también debe determinar la medida en que la declinación

se puede dar, la declinación parcial del vigor imperativo de las leyes permite establecer un orden, su primer efecto es la retroactividad, la mayor parte de las leyes están desgajadas de la virtualidad de imperar en todo tiempo, haciéndolo solo para el futuro, existiendo el hecho concreto que muchas leyes son irretroactivas y no están por encima de la ley extranjera, resultan ser supletorias de la voluntad individual.

La extraterritorialidad<sup>308</sup> no se da en toda la legislación, y es que cuando el derecho local resulta aplicable por cuestión de territorialidad, los juristas de Derecho Internacional no hacen uso del Orden Público, para no aplicar la ley extranjera. Por lo que es necesario precisar que solo el Orden Público se ve llamado cuando se da el caso que la ley local es contraria a una ley extranjera que resulta de aplicación según las reglas de esa rama del derecho.

También se establece que el Orden Público es a las leyes cuya aplicación extraterritorial no corresponde, además por razón de las reglas que rigen ese efecto de las leyes. Las normas solo se encuentran frente a su virtualidad imperativa, el principio de la irretroactividad y el de la autonomía de la voluntad; no así el de la extraterritorialidad, no se puede establecer que las normas dispositivas sean consideradas entre las normas imperativas y supletorias, al no referirse a terceros sino a contratantes, el problema de la cuestión de la voluntad individual frente a la ley, pues se da el caso que algunas normas escapan a la posibilidad material de ser dejadas sin efecto por contrato, pudiendo darse la situación que el o los beneficiarios pretendan renunciarlas, luego se presenta también el problema de la validez de la renuncia, y también se plantea el tema de la aplicabilidad de oficio, encontramos una posibilidad de determinar leyes según un intento de clasificación así habrá leyes íntegramente imperativas que son aquellas que son de Orden Público internacional están dotadas de efecto retroactivo o el caso de las leyes que no pueden tener efecto en el pasado, es decir, no pueden ser retroactivas, luego las leyes de carácter territorial sin efecto retroactivo, después habría que mencionar las leyes que no

---

<sup>308</sup> La cuestión más importante de estudio del Derecho Internacional Privado es pues la aplicación extraterritorial de la ley extranjera.

son retroactivas y no actúan contra la ley extranjera, serían las de Orden Público interno se trata por ejemplo el estado y capacidad de hecho de las personas y finalmente tenemos las leyes que no tienen efecto retroactivo no actúan sobre la ley extranjera y tampoco contra la voluntad individual, es el caso típico de las denominadas leyes supletorias.

Sin embargo<sup>309</sup> existen clases de leyes que insertan en cualquier clasificación referida anteriormente, como son las leyes que no son aplicables totalmente a las personas, el ejemplo de ellas será las leyes penales que solo son aplicables a los mayores de 18 años; otra clase son las leyes que no son aplicables totalmente a las cosas, es decir, que solo atañen a inmuebles o a naves, o también aquellas leyes que se hallan sin aplicación sobre el territorio, es por la ley agraria, también aquellas leyes que no tienen aplicación sobre el futuro, el ejemplo sería las amnistías, las exoneraciones de impuestos, las moratorias, etc. De otro lado se debe mencionar que no se puede incluir en ninguna clase leyes que carecen de absoluto imperio como es el caso de las leyes supletorias que son realmente dejadas de lado en cualquier circunstancia.

Sin embargo hay que anotar que la retroactividad está dada en dos grandes principios como son el respeto por el derecho adquirido, y el principio de la ley anterior en materia penal, dejándose la oportunidad que las leyes de Orden Público sean de carácter retroactivo, lógicamente sin afectar los principios constitucionales cabe entonces que se formulen leyes imperativas fundándolas en el Orden Público haciéndoles un gran campo a la ley de carácter irretroactiva, debiéndose anotar que la retroactividad es un principio de orden legislativo y el mismo legislador puede acordar a algunas leyes ese carácter retroactivo; así en materia civil la regla es la irretroactividad en cambio en materia penal es la retroactividad benigna y sobre la declinación de las leyes en el futuro tenemos las leyes exonerativas de sanciones tributarias, que son para el caso del ejemplo.

---

<sup>309</sup> Las leyes de Derecho Internacional Privado son aquellas que por su propia naturaleza pueden trasuntar las cuestiones de carácter nacional y en todo caso ser materia de universalización por ser permisibles a ello.



Se debe partir de que ciertas leyes –de Orden Público– tienen carácter imperativo frente a la voluntad individual y frente a la ley extranjera, lo cual ha significado encontrar soluciones distintas entre los civilistas y los internacionalistas, así por ejemplo, estos últimos han tratado de dar solución por una de las tres vías siguientes:

- **Distinguiendo entre Orden Público interno e internacional**

La misma que sistemáticamente no es correcta, pues el Orden Público es indivisible de modo que se puede argüir que los “principios superiores en que se basa una organización de una sociedad” es un valor abstracto que no puede ser dividido, los principios básicos de una sociedad nacional no deben ser afectados ni por los sujetos con sus actos ni los extranjeros con sus leyes, por lo que se puede señalar que el legislador no puede verse obligado a dictar leyes o totalmente imperativas o solamente supletorias, debe el legislador tener libertad para concebir leyes con imperatividad sobre la voluntad individual y no contra las leyes extranjeras, y pudiendo concretizarse otros aspectos en los cuales no habría imperatividad, y se consideran a estas leyes de orden interno, pero el Derecho es uno en esencia y sus diversas ramas deben armonizar con todos sus puntos de contacto.

Lo cual sin embargo nos conduciría a afirmar que la ley de Orden Público debe ser en realidad una regla simple, lo cual tampoco es admisible por cuanto el Orden Público es institución cuyas características deben perfilarse permitiendo a los operadores jurisdiccionales determinar cual es el sentido del mismo cuando así lo estime.

- **interpretación restrictiva de los casos de Orden Público único**

Lo cual acusa el hecho de un reduccionismo innecesario para establecer los diferentes casos donde deba aplicarse el Orden Público.

- **distinción entre las normas imperativas en leyes de Orden Público y leyes de protección de los débiles**

Esta sería una distinción que no acuerda respetar que en el fondo todas las leyes están hechas con el propósito de defender la justicia y ello conlleva realmente tener que efectuar una distinción clara de que es lo se puede efectuar para desarrollar una mejor dinámica en la solución de los conflictos

lo cual demuestra que siempre es necesario realizar los distintos mecanismos legales con tal propósito y lógicamente eso conlleva a defender en equidad los derechos de las partes en conflicto.

De lo anteriormente dicho lo que en realidad importa como actúa la ley frente a la autonomía de la voluntad, de lo que debemos arrancar por recordar que la autonomía de la voluntad se gesta en la libertad de comercio, en la inviolabilidad de la propiedad, y es en base al conocimiento de los límites de las libertades es que podría fijarse la medida en que las leyes deben necesariamente respetarla y no determinando si la ley que la descarta es de Orden Público, de lo cual se desprende que la autonomía de la voluntad vendría a ser una auto limitación legislativa, pues se le reconoce aun cuando no existe una imposición constitucional en ese sentido, debe precisar el ámbito doctrinario y legal de la autonomía de la voluntad.

La verdad es que el problema más importante que se ha dado es la oposición entre autonomía de la voluntad y ley de Orden Público, y son las leyes más modernas las que han terminado aumentando el problema respecto al Orden Público por cuanto las leyes sociales y las de emergencia han constituido el principal elemento para afirmar la prevalencia del Orden Público sobre el contrato.

Al efecto cabe mirar al panorama histórico pues debe recordarse que fue el siglo XVIII donde se dio la lucha del individuo contra el Estado, las tesis liberales que triunfaron en la revolución americana y francesa fueron decisivas para que el individuo sobreponga sus derechos a los del absolutismo<sup>310</sup>, como sucedió en la revolución de Oliverio Cronwell en Inglaterra, pero al advenimiento del siglo XX la lucha fue entre individuos, se enfrentaron los capitalistas contra los trabajadores manuales el "*laissez faire*" es decir el dejar hacer, dejar pasar creó desigualdades económicas y sociales y los más débiles reperfilaron su idea del Estado opresor y buscaron mas bien en el protección y

---

<sup>310</sup> El absolutismo fue enfrentado desde la orientación democrático burguesa y desde la orientación democrático parlamentaria siendo que ambos significó la disminución del protagonismo del absolutismo en el mundo.

al efecto también apostaron por sus asociaciones; y es en el siglo pasado donde se han intentado diversas soluciones, allí el socialismo, el comunismo, el fascismo, nacionalsocialismo y otras nuevas doctrinas en los Estados Unidos de América sin embargo la curación ha resultado muy dura.

El Derecho privado ha sufrido paralelamente la evolución, su cambio no es la violencia y es de a poco; la autonomía de la voluntad institución de mucha vigencia en el siglo XVIII se trastocó en los contratos de adhesión y consiguientemente en todos aquellos en que intervienen una parte fuerte una parte débil, en el siglo XIX se plantea que deben exaccionarse de esta esfera y por el contrario sustentarse en la legislación social, leyes de trabajo, prohibición de cláusulas de irresponsabilidad, normamiento de actividades económicas, que incluía mencionar a los precios, moratoria hipotecaria, y todo esto con reducción de la esfera antes reservada a la libre voluntad de los contratantes que constituye el rasgo más caracterizado de la legislación del siglo XX, en el que casi no se concibe una ley supletoria, tanto es así que de no darse el carácter imperativo en su calidad prohibitiva, se define a la misma como de Orden Público, o prohíbe la renuncia de derechos que acuerda que resulta ser lo mismo.

Se ha dicho por algunos juristas que esta evolución es un “movimiento intervencionista” y por otro “crisis de la autonomía de la voluntad” y finalmente también se denomina “publicización de los contratos”<sup>311</sup>, lo único que se puede afirmar es que el Derecho privado moderno acuerda cada vez menor ámbito de acción a la libertad de contratar y en defensa de la equidad y la justicia social interviene en las relaciones particulares, disponiendo incluso aun contra la voluntad de los sujetos cuáles son los derechos que las convenciones no pueden dejar de lado, habiéndose dado una especie de simbiosis en el acatamiento de disposiciones al respecto.

---

<sup>311</sup> Que no es otra cosa que la atribución del Estado de otorgarle al mismo facultades restrictivas en el desarrollo de los contratos.

De modo que se podría decir que la socialización del Derecho ha significado que el Derecho privado pase a recepcionar muchas acepciones de este tipo de defensa social.

Sin embargo, la legitimidad de las leyes sociales no son observadas cuando no afectan las garantías individuales entendidas con el alcance que una justa interpretación deba acordarles; fuera de el ámbito de esas garantías el pueblo puede decidir qué es más respetable si sus intereses colectivos o los individuales que lo conforman.

La persona humana resulta ser fuente de todo Derecho positivo. Colectivamente y por medio de la voluntad general de la norma legal, individualmente y por medio del acto jurídico, el respeto a la personalidad humana está fuera de toda controversia, lo que se trata es conocer el alcance del interés de la persona que debe ser defendido directamente por el legislador, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad; en realidad las leyes imperativas que alteran el principio de la autonomía de la voluntad no son incorporados tan fácilmente al Código Civil, los juristas no establecen rápidamente concebir las leyes de carácter laboral, arrendamientos o moratoria como parte del sistema del Código Civil y los considera exteriorización del nuevo Derecho social particularmente determinado por su carácter imperativo que aunque puede entrar en ese espacio que el legislador dejó abierta obedeciendo a una inspiración clásica, desde la arista marxista.

Se debe dejar en claro que la voluntad, puede llegar al extremo de generar un contrato incluso contrario al auténtico interés del sujeto, es por ello que la norma civil, es la que permite señalar que algunos contratos afectan a la moral o a las buenas costumbres, lo que en realidad resulta siendo un remedio de carácter limitado, es preciso en la mayor parte de los casos que una ley expresa intervenga en la relación jurídica.

Así, de buscarse por una parte un interés vital y la otra un beneficio pecuniario la ley de las partes puede no ser justa, es necesario la intervención del Estado de allí las nuevas leyes imperativas, que tienen la necesidad de asegurar el

contenido de la libertad de contratar, en todo caso avanzando la faz formal de ella, lo real es que la autonomía de la voluntad sirve a los contrantes más fuertes, pues les permite hacer valer su interés con mayor eficacia en las relaciones jurídicas, las leyes sociales han sido con el propósito de defender a los más débiles, los principales derechos como la propiedad, la libertad de comercio y las demás garantías constitucionales permite hacernos ver que los principios jurídicos no deben ser interpretadas como una arma exclusiva de los demás fuertes, por otro lado las leyes sociales no son para exclusivamente defender a los más débiles, sino que el ideal es la justicia en las relaciones jurídicas, no permitiendo que algunos impongan la satisfacción de su interés mas allá de lo que la equidad aconseje.

### **Normas imperativas**

Se dice que son aquellas normas que se caracterizan por ser de aplicación forzosa, en cuanto “se imponen de modo absoluto a la voluntad de las personas, en el sentido que estas no pueden sustituirlas ni alterarlas”, las otras normas son aquellas que se consideran dispositivas o supletorias, son caracterizadas porque pueden obviarse por las partes y es que se trata de cuestiones que quedan libradas a la autonomía de la voluntad.

Las normas imperativas<sup>312</sup> pueden en clasificarse en:

Positivas.- Son aquellas que ordenan forzosamente una determinada conducta es el caso de la imposición de un determinado monto de remuneración mínima a favor de los trabajadores (sueldo mínimo vital)

Negativas.- Cuando se limitan a vedar algo sin preceptuar una norma positiva que rija en lugar de lo prohibido. Caso de la proscripción del pacto comisorio en la compraventa de cosas muebles.

---

<sup>312</sup> El carácter imperativo de las normas las convierte en los primeros elementos a ser salvaguardados por el Orden Público pero también sucede lo mismo con las reglas del *ius dispositivum* que deben por igual ser amparadas.

Son conocidas como “forzosas” “coactivas” “*ius cogens*” “inderogables” lo cual parece impropia pues como se conoce es que las personas no pueden derogar las normas legales, en algunos casos se usa la frase “dejar sin efecto” “de derecho necesario” “de Orden Público” “irrenunciabiles” –resulta inapropiado e incorrecta pero sobre todo muy peligrosa por las confusiones y equívocas a que puede inducir, razón muy importante para descartarla por completo; las personas pueden renunciar a los derechos que confieren las leyes, pero no a estas que les son ajenas y no les pertenecen es bastante peligrosa por cuanto se emplea la palabra (renuncia) para designar dos instituciones muy distintas entre sí, y también producen efectos sustancialmente diferentes así: 1) la mal llamada renuncia a las leyes frente a la voluntad de las personas 2) la renuncia a los derechos, como acto de disposición de un bien que pertenece al renunciante, esta confusión proviene de la propia ley positiva por lo que debe descartarse la renuncia que tiene por objeto los derechos de las personas evitando así, que se asigne el mismo nombre a instituciones muy diferentes entre sí, “indisponibles” también debe ser rechazada por incorrecta y antijurídica debido a las razones ya expresadas en cuanto se llama la “renuncia de derechos” que resulta ser una especie entre los actos dispositivos y como solo se puede disponer de los derechos y no de las leyes, lo que constituye que no debe decirse de norma disponible o indisponible, etc.

### **Normas Imperativas-dispositivas**

Se considera que las normas imperativas tienen un límite infranqueable para la autonomía de la voluntad y se concebía que los derechos que atribuían no se podían modificar, sea para aumentarlos o para disminuirlos, es el caso que pueden tener aristas según la dirección que tengan los derechos que señalan; en el caso de la prescripción sería imperativas en cuanto no se pueden extender y dispositivas<sup>313</sup> en cuanto se pueden acortar, esto sin embargo tiene mayor correlato en el Derecho laboral por cuanto las normas en este caso son imperativas si disminuyen los derechos de los trabajadores pero serán

---

<sup>313</sup> Las normas dispositivas que pueden ser objeto de análisis que debe recortarse se realizan por elementos contradictorios en los cuales incide lo mejor del sistema jurídico.

dispositivas en caso de aumentarlos, estableciendo los mínimos infranqueables que permiten mayores beneficios al trabajador en virtud de acuerdos individuales y colectivos.

Por otro lado se ha dicho que este fenómeno ha proliferado cuando el Estado ha tenido mayor intervención en las relaciones privadas y se manifiestan para proteger a los mas desfavorecidos ocasionando lo que se ha venido a denominar el Orden Público de protección (trabajadores, inquilinos, asegurados, consumidores).

También de estas normas se ha señalado que son semiimperativas, también se ha dicho que son normas de Orden Público relativo, o también que son normas imperativas relativas.

Se debe hurgar por el nivel de imperatividad de las normas, que es uno de los efectos que produce, se debe plantear la división entre Orden Público absoluto y relativo sobre la base de establecer la intensidad de los efectos jurídicos que se deriven del mismo, aun cuando siempre es imprecisa y equívoca, pues lo que se trata es que los efectos se producen en un caso en una sola dirección y en el otro caso se produce en ambas direcciones, tampoco se pueden decir que son semiimperativas por cuanto se trata de una cuestión diferente que determina que se pueda señalar que estas son normas de carácter imperativa y dispositivo.

### **Normas Imperativas Unilaterales, limitadas e ilimitadas**

Debería señalarse que las normas imperativas-dispositivas son de carácter imperativas-unilaterales o unidireccionales porque nos llevan a la imperatividad en un solo sentido y son dispositivas en la dirección contraria, diferenciarla de las imperativas bilaterales o bidireccionales, pues son los que producen sus efectos en ambas direcciones.

En el caso de las normas laborales no se puede ni establecer criterios operantes contrarios entre autonomía colectiva (convenios colectivos) y

autonomía individual (acuerdo de las partes) podrán establecer condiciones inferiores a las establecidas por la ley lo que se conocen como normas imperativas unilaterales.

Se puede establecer que el Estado<sup>314</sup> ha ido otorgando la imperatividad de las normas respecto de la autonomía colectiva, estableciéndose la facultad de actuar libremente sin limitación legal alguna.

Fue así como en determinadas circunstancias se autorizó que los convenios colectivos establecieran condiciones de trabajo menos favorables que las fijadas por la ley convirtiéndolo así en última instancia que pasaba a ser dispositiva respecto de la autonomía colectiva y continuaba siendo imperativa sobre la autonomía individual o sea a los acuerdos que podían celebrar los trabajadores directamente con su empleador. Es decir, se produce una circunstancia diferente pues la normas imperativas que inicialmente son genéricas solo abarcan la imperatividad para la autonomía individual que por tanto no puede establecer condiciones que disminuyan los beneficios establecidos por la ley lo que sí pueden hacer los convenios colectivos para los cuales la norma ha pasado a ser dispositiva, no se puede disminuir los derechos pero sí incrementarlos, siendo así su proyección no es general sino limitada.

En materia laboral RODRÍGUEZ PIÑERO ha dicho de estas normas que son “norma legal derogable vía autonomía colectiva” KHAN, FREUNDT, GIUGNI plantean que es “norma legal semiimperativa derogable por la autonomía colectiva” rescencionados por GARCÍA PERROT en “Ley y Autonomía Colectiva”<sup>315</sup>.

Horacio H. De La Fuente<sup>316</sup> nos plantea “que las normas imperativas unilaterales comunes que proyectan su imperatividad en una dirección

---

<sup>314</sup> Las normas del Estado actúan como elementos de carácter insoslayable pues tienen un carácter además de imperante un carácter obligatorio.

<sup>315</sup> GARCÍA PERROT. “Ley y autonomía colectiva”. Pág. 326.

<sup>316</sup> DE LA FUENTE, Horacio “Orden Público”. Abeledo Perrot. Pág. 74.



determinada sin ningún acotamiento, sean designadas unilaterales ilimitadas; y se llame unilaterales limitadas a este nuevo tipo de normas cuya imperatividad unilateral está recortada, como en el caso de las normas laborales (...); imperativas para la autonomía individual pero dispositivas para la autonomía colectiva”.

Así las normas imperativas serían bilaterales o bidireccionales son imperativas absolutas y estructuralmente son puramente imperativas producen sus efectos en ambas direcciones, de modo que en ningún caso se puede modificar su contenido ni en un sentido ni en el otro.

Unilaterales o unidireccionales son imperativas relativas o semiimperativas son imperativas dispositivas pueden ser ilimitadas cuando tradicionales y su imperatividad se proyecta en una dirección determinada sin ningún límite y limitadas son de reciente aparición y su imperatividad se proyecta en una dirección determinada pero de modo limitado.

De otro lado se debe manifestar que cualquier interpretación de los efectos que produce el Orden Público sin un análisis profundo tanto de la imperatividad de las normas como de la irrenunciabilidad de los derechos.

Inicialmente se tiene que la sola imperatividad de las normas no garantizaba que los derechos sean cumplidos no dándose la finalidad protectora de la ley pues podría darse que las partes más fuerte en una relación comercial pueda obtener la renuncia de los derechos adquiridos por la parte más falible sin contraprestación alguna.

Es en Italia donde una fuerte corriente doctrinaria es la que va afirmar el carácter indelible de la imperatividad de las normas y la irrenunciabilidad de los derechos para garantizar el cumplimiento de la ley.

Contrariamente a lo expresado sin embargo se dio otra doctrina por la cual ambas categorías jurídicas –imperatividad e irrenunciabilidad<sup>317</sup>– no estaban

---

<sup>317</sup> La imperatividad y la irrenunciabilidad de una norma no la convierten necesariamente en un elemento del sistema jurídico a proteger por el Orden Público sino que se requieren otros elementos.

vinculadas por una relación necesaria puesto que quien tiene asignado un derecho debe tener legitimidad para renunciar a él por ejercicio propio de la libertad, lo cual se debe mencionar es cierto por cuanto el destinatario de un derecho puede renunciar o no.

Debe sin embargo mencionarse que en el ámbito de los derechos cuando se encuentre de por medio el Orden Público sin tomar en cuenta si el derecho proviene de una ley imperativa o no o de otra fuente la autonomía de la voluntad usos o costumbres, lo que puede ser corroborado por el derecho privado en cuyo seno se puede establecer que las normas comunes atribuyen derechos a ciertas personas, las mismas que una vez que las adquieran pueden renunciar libremente, el ejemplo es la prescripción, los alquileres, la protección al consumidor, etc.

En el ámbito del Derecho privado se establece que el principio que rige es que los derechos están sujetos a renuncia, siempre que no se halle de por medio el Orden Público pero si se trata de derechos con contenido patrimonial en este caso el titular del derecho puede disponer en la forma más amplia, según su interés sea que provenga de norma imperativa. En el ámbito del derecho laboral se encuentra consagrado a la irrenunciabilidad no importando si los derechos son provenientes de norma imperativa o no, esto como consecuencia del estado de dependencia y necesidad del trabajador.

Lo que significa que estamos ante una situación en la cual irrenunciabilidad e imperatividad se hallan íntimamente unidos pues cuando provienen los derechos de normas imperativas después de su adquisición pueden ser renunciados y cuando los derechos son irrenunciables pueden estos ser provenientes de norma no imperativas, caso de los derechos de trabajadores.

La imperatividad<sup>318</sup> asigna a una persona determinado derecho en forma obligatoria por que cualquier acto que la misma celebre esa atribución será

---

<sup>318</sup> La imperatividad por si sola no constituye Orden Publico sino que se requieren de otros elementos.

nulo, no pudiendo impedir que ese derecho nazca y sea incorporado plenamente a su patrimonio.

Al ocurrir esto los efectos de la imperatividad cesarán, pues se ha cumplido plenamente el fin perseguido por la norma inderogable que es precisamente que el destinatario pueda adquirir y gozar del derecho asignado. Después de haber nacido el derecho recién se plantea que pueda renunciar lo que es posible concretizar siempre y cuando no se encuentre de por medio el Orden Público, por así disponerlo una norma legal expresa.

De otro lado debe establecerse que cuando la norma imperativa otorga un determinado derecho futuro en expectativa o eventual hasta que se produzca el supuesto de hecho previsto por la norma, o sea el acto o hecho previsto por la norma es decir el acto o hecho cuyo acaecimiento determinara que ese derecho en expectativa se convierta en pleno y perfecto, incorporándose al patrimonio de su destinatario como un derecho adquirido<sup>319</sup>.

Así, los plazos de prescripción son impuestos de forma obligatoria por la ley imperativa, por lo que será inválida toda renuncia anticipada del derecho expectante, no pudiendo cumplir con dichos plazos pretenda impedir su aplicación, si los plazos no vencen el deudor solo tendrá la expectativa a adquirir—en caso de inacción del acreedor—a repeler todo reclamo mediante la excepción de prescripción.

En caso ocurra la inacción del acreedor se dará la cesación de los efectos de la imperatividad asegurando el derecho del deudor a invocar la prescripción – en el sentido que los plazos deben cumplirse en forma íntegra. Realizado el nacimiento pleno e incorporado al patrimonio del deudor es recién cuando se plantea la cuestión de si este podrá renunciar o no a él, que en materia penal y civil en nuestro sistema jurídico nacional ha sido dilucidado en el sentido que se puede renunciar a la prescripción.

---

<sup>319</sup> Los derechos adquiridos no pueden ser los que sirvan para realizar una adecuada proyección de los elementos a defender dentro de un sistema jurídico nacional.

Se menciona que en el caso de los trabajadores los derechos que pasan a su patrimonio es allí donde se puede llevar a cabo la renuncia a tales derechos.

Es en el caso de los trabajadores donde se produce mayor incidencia de la imperatividad que significa la oportunidad de no permitir la renuncia anticipada a los derechos laborales haciendo o permitiendo la concreción del efectivo goce siendo en este caso que de los derechos laborales que el legislador se ha decidido a favor de la irrenunciabilidad de los mismos.

De allí que cabe establecer que la renuncia de derechos dado que la renuncia anticipada del potencial beneficiario a adquirir el derecho atribuido por la norma imperativa convalidando una renuncia a un derecho expectante, condicional, futuro o eventual estas renunciaciones a los derechos sería de carácter previa anticipada preventiva o “ex ante”. Es el caso que la renuncia de los derechos futuros que provienen de normas no imperativas, en el caso de contratos y actos jurídicos, se da entonces el caso que la renuncia será válida siempre que no se comprometa el Orden Público, y también el caso que una norma expresa la prohíba.

De otro lado están los derechos adquiridos –tautología poco legítima– pues los mismos se incorporan al patrimonio del titular de lo que se columbrar que son aplicables los principios generales del Derecho haciendo válidos las renunciaciones a los derechos adquiridos salvo que esté interesado el Orden Público o una norma expresa consagre su irrenunciabilidad (derechos laborales, pensionarios, etc.).

Así habría renuncia a derechos futuros y adquiridos

Los futuros<sup>320</sup> (Derechos expectantes, condicionales, eventuales, etc.) están enmarcados dentro de dos ámbitos los de normas imperativas (renuncia de leyes) que se dan cuando se presenta una derogación unilateral de las normas imperativas son inválidas porque impiden que la regla imperativa produzca sus efectos y los de normas no imperativas que resultan válidas salvo fueran violatorias del Orden Público o de ley expresa.

---

<sup>320</sup> Los derechos a futuro son aquellos que pueden ser renunciados o en todo caso dejados de lado.

Los adquiridos (renuncia de derechos perfectos, completos, plenos, consolidados, actuales o ex post) son válidos si provienen de normas imperativas o no; solo serán inválidas de confrontarse con el Orden Público o una ley expresa.

## **h. FINES DEL ORDEN PÚBLICO**

Desde el ámbito de la funcionalidad del Orden Público se nos presenta realizando una función de defensa de allí que se plantean tres interrogantes muy importantes.

**1) Qué es lo que se defiende con el Orden Público.-** La acción de defensa hay que notar que existe una primera cuestión de determinar la acción de defensa en atención al contenido de las normas jurídicas que deberían ser tomadas como de Orden Público no logrando ningún resultado. Se atribuye este fracaso a la misma naturaleza del Orden Público traducida especialmente por sus notas de relatividad y de variabilidad temporal. No tenido éxito las listas donde se plantean los supuestos de aplicación del Orden Público. Al efecto se ha planteado que para evitar estas diletancias se sugirieron dos remedios<sup>321</sup>, que son los siguientes:

- a) Enunciar los grandes temas y sectores en los que tiene presencia el Orden Público.
- b) referirse a unas nociones muy generales a unos principios esenciales y fundamentales que actúan como criterios de orientación en la labor de concretizar la aplicación del Orden Público, la cuestión no tiene una contestación unívoca.

**2) Cómo se produce y realiza esa acción de defensa.-** Distinta es la situación que acontece al referirnos a la cláusula de reserva al Orden Público internacional, con su carácter excepcional, su efecto negativo de la que se impone tratar del Orden Público interno en la acepción de SPERDUTI o de la tesis positiva de QUADRI en la primera situación el Orden Público se refiere a

---

<sup>321</sup> El Orden Público tiene por objeto realizar distintos mecanismos de realización de los niveles de defensa de los derechos en general.

principios y no a preceptos, ni reglas en el segundo supuesto se defiende es decir la acción de protección se realiza con relación a reglas y preceptos.

Cabe entonces preguntarse por cuales son esos principios, aparecen entonces expresiones muy distintas que nos muestran un horizonte de carácter más específico, así:

LEWALD.- Habla de la defensa de los fundamentos del orden.

SAVATIER.- Menciona las necesidades fundamentales de la civilización, orden social, y seguridad jurídica.

WEISS.- De los intereses generales.

LERBOUS-PIGEONNIERE FRANCESCAKIS y otros.- De principios de verdadero derecho natural.

De alguna manera se puede resumir lo que el Orden Público<sup>322</sup> pretende proteger y salvaguardar lo cual se da en los siguientes criterios:

- I) La soberanía nacional con todo lo que implica en lo político, social y económico.
- II) El orden social y jurídico del Estado.
- III) El fin social que inspira determinadas instituciones y políticas sociales – protección de los socialmente más débiles, política de planificación social planes de desarrollo económico.
- IV) El esquema institucional e ideológico del estado.
- V) Los supremos principios del derecho natural y de la justicia.
- VI) Los intereses esenciales y constitutivos del estatuto del ciudadano.

---

<sup>322</sup> El Orden Público tiene por objeto realizar la protección no solo de lo que esta previsto en la norma, sino tambien en otros mecanismos de la concretización y de realización de los niveles de defensa de los derechos en general.

### 3) Frente a qué realidades y en qué supuestos se invoca esta acción de defensa del Orden Público

NEUMAYER<sup>323</sup> en su trabajo plantea la distinción entre conflicto horizontal y vertical, del primero dice es el resuelto por las normas de colisión en el sentido que –dirimen las diferencias existentes entre derechos materiales de distintos estados– y el segundo que se refiere en el que la cláusula de reserva resuelve conflictos entre esquemas de valores entre sistemas de principios que se encuentran más allá del Derecho positivo.

Valores a los que NEUMAYER los agrupa en dos grupos. De naturaleza ético-social (atentado a las costumbres - *sitten*); y de naturaleza política y constitucional (atentado al *öffentliche ordnung*), lo que debe de alguna manera coligarse con el pensamiento de F. Látanse desde la perspectiva de la reseña jurisprudencial internacional.

El Orden Público constituye una especie de tamiz que impide el reconocimiento de instituciones extranjeras desconocidas –a las que puede identificarse–. A lo que se dice que el Orden Público es una válvula de seguridad establecida para imposibilitar la penetración de leyes extranjeras contrarias a la seguridad y armonía del ordenamiento del Foro.

Es una norma que nos preserva de las perturbaciones que pudieran derivarse de la aplicación de normas extranjeras e incluso de ciertos efectos nacidos de esa misma aplicación por otros tribunales cuando con ello se introduce un elemento de desequilibrio en el ámbito del ordenamiento del Foro. La contestación a este fenómeno tiene que establecerse a partir de su imbricación con el Derecho Internacional Privado y de las características que presenta la norma extranjera. No resulta igual la actitud del Foro cuando se le pide que proceda a aplicar normas extranjeras que cuando es incoado para reconocer

---

<sup>323</sup> NEUMAYER. “Derecho Internacional Privado”. 1963. Pág. 121.

los efectos de una aplicación realizada en el seno de otra comunidad jurídica y en situación que no permite invocar la existencia de un fraude a la norma de colisión. Es allí donde funciona la doctrina francesa del efecto atenuado del Orden Público.

Sirve en particular para dos fines:

- 1° Los Tribunales no aplican el Derecho extranjero cuando esto conllevaría a una infracción de los bonimores de la moralidad en el más amplio sentido del término; es el caso de un contrato inexpugnable por su contenido, pero concluido bajo coacción, influencia indebida o fraude, no será ejecutado, aunque según su propio derecho el derecho sea válido.

En el caso de los contratos de juego se puede declarar nulo la demanda por no haber hecho efectivo un título valor el acreedor podrá demandar por la deuda misma de juego.

- 2° El derecho extranjero está excluido de aplicación si este determina peligro para los intereses vitales del estado que aplica.

La concepción de Orden Público se usa para excluir el derecho extranjero al efecto puede darse el caso que exista otras formas de atender dicha situación.

AGUILAR NAVARRO<sup>324</sup> establece los siguientes fines del Orden Público:

- 1) Se trata de una institución defensiva.
- 2) Realizada mediante una limitación de la aplicación del Derecho extranjero.
- 3) Con intención de proteger los intereses sociales y esenciales del orden jurídico.
- 4) Guiado por el deseo de impedir la perturbación y desarreglo en la vida de la comunidad.

### **Limitaciones al Orden Público**

Radican fundamentalmente en los que es necesario para el interés público se plantean dos limitaciones:

---

<sup>324</sup> AGUILAR NAVARRO. "Derecho Internacional Privado". Tomo I. Pág. 481.



- 1° No todas las consecuencias de la aplicación de una regla son necesariamente objeccionables  
Niboyet habla de la diferente “intensidad del orden public a veces es la creación de un derecho lo que es contrario al Orden Público, pero si aquel ha sido creado validamente en el extranjero, sus efectos no necesitan ir contra el mismo.
- 2° Cuando se excluye una regla jurídica extranjera<sup>325</sup>, su lugar se reemplaza en la mayoría de los casos por la *lex fori*. Sustitución que debe ser restringida lo más posible.

En este caso debe darse la oportunidad a excluir la principal regla extranjera y no aplicar la *lex fori*.

Así cuando existe un contrato regido por y válido según el Derecho de un Estado extranjero contiene disposiciones contrarias al Orden Público ante el Estado que aplica; la cuestión es si la totalidad del referido contrato debe ser nula y aplicarse la *lex fori* del estado extranjero que regula el contrato.

Todo tribunal aplica solamente las reglas de su propio Orden Público, no tiene en cuenta para nada el Orden Público extranjero, dándose al respecto una excepción, cuando el tribunal aplica Derecho Internacional privado extranjero (por vía de reenvío) no debe rechazar las reglas de Orden Público contenidas en aquel Derecho.

Es muy difícil precisar qué reglas se deben descalificar un tribunal internacional o un tribunal arbitral internacional como contrarias al Orden Público.

Al efecto el tribunal no considera el Orden Público del país donde tiene su sede o aquel que rige en los países a los que los miembros del tribunal pertenecen. El tribunal tendría en cuenta solo el Derecho aplicable al caso (el derecho propio del contrato). Solo en el caso si hay vinculado más de un sistema

---

<sup>325</sup> La intervención de la *lex fori* es consecuencia de por que principio el vacío o deficiencia del Derecho no puede dejarse de administrar justicia, en tal sentido opera el cumplimiento del Derecho.

jurídico<sup>326</sup> y uno de ellos contiene una regla contraria a todos los otros, ese sería la justificación para no contarlos.

La limitación en la aplicación del Derecho extranjero se da por doble procedimiento:

Positivo.- Al imponer incondicionalmente las normas materiales del foro.

Negativo.- Al recusar la aplicación de la norma extranjera reclamada previamente por la norma de colisión del foro.

Inicialmente se confundió las dimensiones descritas anteriormente llegándose a privilegiar a la primera de ellas; luego se manifestó que solo en el caso de la segunda dimensión se trataba del Orden Público, la orientación positiva estuvo apoyada por los trabajos por el italiano QUADRI, y descansa elementalmente en la consecuencia jurídica que se presenta mediante una afirmación rotunda del imperio de la norma material del foro, sin embargo el Orden Público de carácter positivo difiere presentando rasgos que no son los que dominan en la interpretación excluyente y limitativa del Orden Público tal como lo concibe la doctrina y la práctica dominante pero debe tomarse en cuenta que ambas posiciones se encausan por una interpretación ecléctica en la que se actúa en forma paralela considerando las exigencias del ordenamiento material del Foro y comparándolas con los resultados concretos que se producen de aplicar las normas materiales extranjeras.

Desde la óptica funcional las restricciones que sobre la aplicación de la norma material extranjera pueden ser por circunstancias estrictamente técnicas –aunque se plantean dentro del marco de la secuela de situaciones jurídicos-materiales– y a motivaciones sustancialmente materiales –de justicia material–.

Entre las cuestiones de carácter técnico y las jurídicas materiales se ocurre un espacio intermedio en el que se presentan fenómenos de naturaleza compleja, dándose algunas situaciones como las siguientes:

---

<sup>326</sup> Se imponen las normas del foro cuando subsiste la necesidad de efectuar una adecuada realización de los presupuestos mínimos del Derecho.

1. La norma de conflicto puede resultar impracticable tanto por no ser posible la realización de la conexión en que se basa –la norma de conflicto reclama la aplicación de la ley nacional del interesado y este resulta que carece de nacionalidad– o por resultar que el ordenamiento reclamado carece de material aplicable al supuesto.
2. La aplicación de la norma material extranjera se hace depender de la actuación de determinado órgano sin cuya actividad y competencia es imposible lograr el resultado buscado y ese órgano no existe en el esquema institucional del foro o carece de competencia para cumplir esa actividad –el caso de actos de homologación–. Se puede dar el caso que la aplicación de normas materiales extranjeras se vea obstruida por la acción de circunstancias positivas o negativas como son la retorsión, la reciprocidad, el interés nacional, que son supuestos que no tienen un carácter técnico y existe una regresión a los tiempos anteriores de los inicios de la teoría del Orden Público. La ley extranjera se enfrenta al juicio material y a la apreciación de su propio contenido. En la orientación negativa del Orden Público lo determinante es el efecto producido por la aplicación de la norma material extranjera dentro del ordenamiento que representa el foro. En cambio, en la orientación positiva del Orden Público son las exigencias provenientes de la justicia material las que inicialmente deciden de la consecuencia jurídica al imponer la norma material del Foro<sup>327</sup>.

Sin embargo hay que admitir que la aplicación de la norma extranjera, se combina las exigencias del ordenamiento del foro consecuencias y efectos de la aplicación de la norma material extranjera, pero siempre será necesario separar características distintamente los supuestos en los que no se ha llegado a invocar la aplicabilidad de la norma material extranjera de aquellos otros en los que, previamente invocada ha sido excluida ha tenido lugar su evicción según MAURY.

---

<sup>327</sup> Para aplicar las normas del foro se plantea la exigencia de que la misma debe actuar en forma tal que ocurra una adecuada dilucidación y ordenación de las normas de ambos sistemas jurídicos el nacional y el extranjero que han sido llamados.

SZASKY ofrece un catálogo de nueve supuestos de evicción de la ley extranjera; son supuestos como el Fraude, Orden Público en sentido estricto, reciprocidad, retorsión interés nacional. También aparece el caso del no reconocimiento del Estado extranjero, la no existencia de relaciones diplomáticas con el mismo. Asimismo cabe señalar que su apreciación se ha hecho desde la óptica de la estimación publicista del Derecho Internacional Privado basado en el reconocimiento de las soberanías estatales; el fenómeno aludido implica la automática inviabilidad de la norma de colisión arraigados en la mera contemplación sociológica podía pensarse que el no reconocimiento traería la supresión del tráfico jurídico externo, convertiría en imposible esa vida de relación y de comercio internacional privado –suceso más ostensible en la circunstancia histórica contemporánea por las implicaciones que el no reconocimiento puede tener en el régimen de la extranjería–. Finalmente, se debe plantear una coordinación entre el no reconocimiento y la incompatibilidad de los ordenamientos jurídicos por sentarse sobre principios esencialmente antagónicos.

#### **V-4. EL ORDEN PÚBLICO**

##### **Como Excepción**

Si buscáramos un origen de la excepción de Orden Público, se diría que procede de la comparación entre institución o norma del Derecho extranjero; es el caso de la poligamia, la prohibición de matrimonios interraciales, la supresión de las discriminaciones entre el hijo natural y el hijo legítimo a las limitaciones al derecho de propiedad y las soluciones de la *lex fori* en forma consonante, la monogamia, la libertad de matrimonio, el estatuto inferior de la filiación natural o la protección constitucional del derecho de propiedad.

La excepción de Orden Público es usado cuando la incompatibilidad<sup>328</sup> de la ley extranjera declarada competente es ostensiblemente contraria a la *lex fori*,

---

<sup>328</sup> Es muy claro que el Orden Público es llamado a actuar aunando la norma de Derecho extranjero es incompatible con la norma nacional.

cuyo derecho material resulta el más antiguo criterio de evaluación de la norma jurídica extranjera, lo que significa en realidad que las modificaciones al Derecho interno ejercen influencia directa sobre la actuación de la excepción de Orden Público. La relatividad de la *lex fori* en el tiempo permite al intérprete más receptivo respecto a la relatividad espacial de las soluciones jurídicas.

En realidad, quien ha sustentado mejor esta doctrina ha sido Kart von Savigny pues se ha planteado la existencia de una comunidad entre las legislaciones de los pueblos civilizados señalando dos excepciones en las cuales la ley de un país no pueden ser aplicados en otro país:

- a) Las leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria.
- b) Las instituciones de un país extranjero cuya existencia no está reconocida en el foro.

De lo que puede decirse del primer supuesto es propio del Orden Público; respecto a la segunda solo fue planteada por el Pandectista alemán solo reconocido por la ley Griega de 1856, debiendo anotarse que esta posición fue dejada de lado por el planteamiento de MANCINI en los términos de su planteamiento de los supuestos de imposibilidad de aplicar la ley extranjera regularmente competente.

De otro lado, la doctrina se ha preguntado sobre la función que le quepa al Derecho natural como criterio acerca de las exigencias que debe satisfacer el Derecho extranjero; se da el caso de leyes que son permisibles con la esclavitud o las que establecen impedimentos para celebrar matrimonios por razones de discriminación racial que formarían parte de un derecho común universal. BATTIFFOL<sup>329</sup> señala “la noción de un derecho natural ha aparecido con nitidez y vigor cuando se trata del respeto a la persona”. Sin embargo, existe la dificultad de ponerse de acuerdo respecto al contenido de estos principios comunes, aunque de otro lado se tiene que hay consideraciones periclitadas en la superioridad de las instituciones occidentales.

---

<sup>329</sup> BATTIFFOL. “Aspectos Filosóficos del Derecho Internacional Privado”. Pág. 61.

LEREBOURS-PIGEONNIERE<sup>330</sup>, plantea distinguir entre dos motivaciones de la excepción de Orden Público: “El juez nacional ya expresa, por su reacción ante la ley extranjera, la conciencia humana universal, ya favorece una política legislativa nacional” en la primera se expresa por una convicción de la superioridad de la civilización occidental.

Es más importante asimilar a los principios fundamentales “las normas de *ius cogens* internacional” es el caso de la prohibición de la piratería, la esclavitud o de otras infracciones cuya represión está asegurada mediante convenios en los que intervienen la mayoría de los Estados. Para YASSEEN *Recueil des cours* abona NIBOYET<sup>331</sup> que afirma que el contrabando es contrario a “un verdadero Orden Público internacional común a las naciones civilizadas y que todas tienen el deber de respetar bajo pena de colocarse fuera de la comunidad jurídica que está en la base del Derecho Internacional Privado” de igual parecer H. Rolin “Vers un ordre public reellement international” *Mélanges Basdevant*. Págs. 441-462, en la doctrina inglesa se da la “internacional public policy” FAWCETT<sup>332</sup>.

En realidad el Orden Público internacional se estima como los principios fundamentales comunes a toda la humanidad y para evitar que bajo esta cobertura se erijan en principios universales las concepciones particulares de un Estado o grupo de estados, su certificación aparecen en instrumentos de ese nivel, tenemos la Carta de las Naciones Unidas, los pactos internacionales del 16 de diciembre de 1966, también entre ellos figuran:

- Prevención y represión del crimen de genocidio del 9 de diciembre de 1948.
- Represión de trata de seres humanos y de la explotación de la prostitución de otros del 21 de marzo de 1950.

<sup>330</sup> LEREBOURS-Pigeonniere. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 379.

<sup>331</sup> YASEEN. Revista del curso de Derecho Internacional Privado. Pág. 459, Tomado de Niboyet. Pág. 135.

<sup>332</sup> FAWCETT. “Trade and Finance internacional law”. Pág. 305.

- Convenio sobre la esclavitud de Ginebra del 25 de setiembre de 1926, modificado por el Protocolo de Nueva York del 7 de diciembre de 1953 y el Convenio complementario del 7 de setiembre de 1956.
- El convenio internacional relativo a la eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965.

Por lo que las leyes estatales que violen uno de estos principios son contrarias al Orden Público internacional y por tanto no podrían aplicarse en virtud de normas de conflicto de otro Estado.

### **Carácter funcional de la excepción de Orden Público**

De ser que el efecto producido por una ley extranjera sea incompatible con un principio de derecho natural o de *ius cogens* internacional o solo con los fines nacionales del orden jurídico positivo, queda por precisar el método a usar para comparar la disposición legislativa extranjera con los criterios vigentes en el estado del foro.

LAGARDE<sup>333</sup> señala “El Orden Público es el propio tipo de la noción funcional: no existe ningún lazo verdadero entre las diferentes hipótesis en que aparece si no es posible dejar que la ley extranjera normalmente competente regule estas situaciones” y dice también “Esto nos permite afirmar que el problema de la definición del Orden Público es un falso problema”.

Se debe tomar en cuenta que la excepción de Orden Público no se separa de la noción de Derecho civil cercana por terminología: en el derecho interno, así el artículo 6 del C.C. Belga establece que el juez puede descartar la fuerza obligatoria de los actos jurídicos privados mediante una excepción indeterminada y cuyo ámbito es indefinible. Es además, la razón de ser de semejante reserva, es una legalidad que no está en el Derecho positivo, y que está encargada a los jueces la misión de expresarlo en las situaciones particulares que el legislador no pudo prever, la conciencia jurídica de la sociedad.

---

<sup>333</sup> LAGARDE. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 177.

Sin embargo, a pesar de lo indefinible del Orden Público es posible precisar los criterios a los que obedece la actuación de la excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado F. RIGAUX<sup>334</sup>.

Se señala tres criterios principales para comprender el Orden Público:

La gravedad de la incompatibilidad entre la ley extranjera y los principios considerados como esenciales en el ordenamiento jurídico del foro en que la ley está llamada a producir sus efectos.

Se debe tomar en cuenta inicialmente que una situación es cuando de manera poco común la excepción de Orden Público atañe al *ius cogens* internacional, del caso cuando atañe a evicción del Derecho extranjero con ocasión de una política legislativa determinada como esencial por el Estado del foro.

El primer criterio la excepción está ligado a un verdadero parámetro –absoluto– y que en los Estados donde el Derecho Conflictual prima sobre el Derecho interno, lo que incluso implica la inaplicación de la *lex fori* contraria a ese principio, así la evicción no sería justificada por la excepción de Orden Público sino por un principio Constitucional que es el de la primacía del ordenamiento jurídico Internacional.

Así por ejemplo la Prohibition of Mixed Marriages Act. De 1994 de la República de África del Sur que prohíbe los matrimonios interraciales no puede tener efecto alguno cualquiera que sea la intensidad de la conexión. Lo que significa que este criterio es suficiente descartar la ley extranjera declarada competente cuando está motivado por el Orden Público internacional sin necesidad de comprobar la naturaleza o el ámbito de los efectos reclamados ni la intensidad de la conexión.

En el segundo supuesto constituye toda la diferencia entre la excepción de Orden Público de la doctrina contemporánea y la concepción más legalista que

---

<sup>334</sup> RIGAUX, Francois. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 385.



era corriente en el siglo XIX , época en que ciertos autores tendían a reconocer a determinados principios del derecho estatal un valor absoluto, de tal forma que no podían ser derogados en virtud del sistema de conflictos de leyes la monogamia se hallaba dentro de estos principios consecuentemente los efectos de la poligamia constituyan un ejemplo a la vez actual y sugestivo de las limitaciones en los que la naturaleza y el ámbito de los efectos reclamados en aplicación de la ley extranjera y la intensidad de la conexión, permiten limitar la excepción de Orden Público.

La determinación de la naturaleza y de los efectos de la ley extranjera excluida en virtud de la excepción de Orden Público.

En lo referente a las leyes extranjeras excluidas<sup>335</sup> radicalmente por principios fundamentales por el estado del foro es preciso preguntarse cual es la naturaleza y el ámbito de los efectos reclamados en este estado. El Juez no puede evaluar el derecho extranjero teniendo solo en cuenta sus propios criterios como si estos fueran una referencia absoluta sino que debe comprobar la consonancia con el Orden Público únicamente de los efectos jurídicos que producirá la norma extranjera si esta va a ser declarada aplicable.

La primera cuestión es tener presente cómo determinar la manera que deben colaborar las autoridades y las jurisdicciones del estado del foro son llamadas a aportar en la aplicación del Derecho extranjero. No es igual decidir un divorcio o una investigación de la paternidad a reconocer un efecto a un divorcio ya dictado o una filiación ya establecida en Estado extranjero. El mismo fenómeno ocurre en la poligamia donde no se niega efecto a todo lo que tenga que ver con la misma, así la segunda esposa de un polígamo puede acceder a alimentos o también a recibir una reparación por el daño sufrido como consecuencia del fallecimiento accidental de su marido<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Cuando la ley extranjera es excluida radialmente por cuestiones de naturaleza fundamental se debe determinar si esta es adecuada a la cuestión elemental o no.

<sup>336</sup> Lieja Rev. Critica Jurídica Belga 23 de abril de 1970, 1971 -5.

Sin embargo, deberá considerarse que el extranjero que pretenda valerse de su estatuto personal poligámico –para practicar una segunda unión, antes de la disolución de la primera– será contrario al Orden Público.

Debe también referirse que la solución propuesta a arrancar de la teoría de los derechos adquiridos y no por la distinción entre una cuestión previa y una cuestión, sin embargo es falso que el primer tipo de cuestión nos permitiría una intervención atenuada de la excepción de Orden Público.

Es bastante relativo que la cuestión de validez del matrimonio se plantee a título principal o título previo, dado el primer presupuesto la solución idónea es la anulación del matrimonio efectuado ante el Registro Civil, en el segundo la desestimación de la acción alimenticia como consecuencia de la respuesta negativa dada a la cuestión previa de validez del matrimonio.

Por el contrario el matrimonio efectuado conforme a las leyes personales de los contrayentes tiene efectos en un país que practica la monogamia, no pudiendo darse la nulidad por la vía de una acción principal por el motivo de que la reacción de la excepción de Orden Público es más vigorosa respecto de la ley extranjera aplicada a la cuestión principal en lo referente a aquella que únicamente delimita la hipótesis de la norma jurídica aplicada por el juez.

Respecto a la naturaleza y ámbito de los efectos reclamados en virtud de la ley extranjera conlleva una distinción según que estos efectos parezcan más o menos agresivos desde el punto de vista de los principios de la *les fori*. Axial en la poligamia se da efectos admisibles como los alimentos, o la indemnización por daños en caso de fallecimiento accidental del cónyuge, la vocación hereditaria, o la legitimidad de los hijos habidos en la unión poligámica sin embargo al otro lado se hallan los efectos negativos como el que el marido poligámico obligará a sus esposas o a cualquier de ellas a una vida en común en condiciones contrarias a la dignidad de la persona.

La intensidad de la conexión de la situación al ordenamiento del foro.

Además de observar que la no aplicación de la ley extranjera no solo es cuestión de la naturaleza y extensión de los efectos solicitados, debe también

observarse la intensidad de la conexión a la *lex fori*, es decir conocer las relaciones más cercanas que unen el conflicto litigioso con el estado en que actúa la excepción de Orden Público. Constituye un criterio que determinará o no un refuerzo o también una flexibilización de las exigencias del Orden Público.

La teoría de la intensidad de la conexión aparece en KAHN<sup>337</sup>. También es admitida de forma bastante general por la doctrina alemana, en LAGARDE<sup>338</sup> se critica a la misma.

En el caso de la poligamia se ha planteado una mayor rigidez en la no aplicación de la ley extranjera, siendo frecuente que un extranjero poligámico se case con una nacional de un país monogámico, lo cual debería ser eviccionado aun a pesar que la nacional del país monogámico adquiera la nacionalidad del marido poligámico.

En este extremo encontramos que el asunto se refería al matrimonio civil celebrado en 1954 celebrado en Lyon, por dos franceses de religión musulmana, nacidos en Argelia, al cabo de la independencia de Argelia el marido adquiere la nacionalidad argelina y celebra en este país una segunda unión en virtud de su estatuto poligámico. La sentencia del 17 de febrero de 1982 la 1ª Sala Civil del Tribunal de Casación no niega a priori todo efecto en Francia a esta segunda unión. Esto se explica adecuadamente cuando se señala que la intensidad de la conexión sirve para rechazar la posibilidad de que un extranjero pretenda en Francia los efectos de una unión poligámica cuando el primer matrimonio se celebró en Francia, según el estatuto monogámico común a los dos esposos, en esa circunstancia franceses. Solución que sin embargo en algunos países que permiten la poligamia son consecuencia del carácter regresivo de este tipo de matrimonio dado que la opción de monogamia hecha al momento de la primera celebración prohíbe invocar después el estatuto poligámico, en sistemas jurídicos occidentales se daría motivada por la invariabilidad o funcionalidad de la excepción de Orden

<sup>337</sup> KHAN. "Derecho Internacional Privado". Pág. 470,

<sup>338</sup> LAGARDE. "Derecho Internacional Privado". Págs. 55-73.

Público. También la intensidad de la conexión permite suavizar las exigencias del Orden Público. Así en cuestión de nacionalizaciones la jurisprudencia de los países como Francia, Italia se ha usado el Orden Público para no reconocer derechos adquiridos en el extranjero en virtud de una expropiación en virtud de una expropiación que no había sido acompañada de una indemnización suficiente.

Cabe mencionar que la jurisprudencia francesa parece considerar el derecho de propiedad, tal como lo garantiza el artículo 545 del C.C. Francés, como el patrón de medida tomadas por un Estado extranjero respecto de los bienes transportados después a Francia, se invita a un Tribunal francés a reconocer los derechos adquiridos en virtud del acto del gobierno extranjero. Según la concepción abstracta de la excepción de Orden Público, que parece dominar en Francia en cualquier circunstancia se puede negar todo efecto a la ley extranjera cuando esta en su conjunto, es considerada incompatible con el respeto debido a la propiedad privada según el Derecho interno francés.

En Alemania la teoría de la Intensidad de la conexión<sup>339</sup> ayuda a modular la actuación del Orden Público y atenúa sus efectos, limitándolos a las situaciones que establezcan con el Estado del foro un lazo suficiente como para justificar la evicción de la ley extranjera normalmente competente, que puede resultar de la nacionalidad o del domicilio del propietario del bien expropiado.

Al respecto se puede mencionar (LG de Hamburgo de 22 de enero de 1973 – Sociedad Minera el Teniente S.A. c. A.G. Norddeutsche Affinerie, I L.M., 1973, 251) en que un *stock* de Cobre en manos de una empresa alemana de refinado, el Tribunal de Hamburgo estimó que la presencia ocasional del cobre en el territorio alemán no establecía un lazo suficiente para poner en marcha la actuación de la excepción de Orden Público para pronunciarse sobre la

---

<sup>339</sup> La teoría de la intensidad de la conexión resulta siendo un elemento de carácter muy importante en el desarrollo de la jurisprudencia alemana que por lo demás resulta abundante en el desarrollo de la doctrina del Orden Público.

propiedad de un bien que nadie pretende conservar en Alemania a Título de propietario.

Se señala tres criterios principales para comprender el Orden Público:

Se considera al Orden Público como un remedio excepcional la no aplicación del derecho extranjero. Es la denominada tesis germánica y puede ser monista y dualista. Se habla de efectos lo que son características –según Ruchelli–.

Actúan desde mediados del siglo XIX, tienen mayor interpenetración jurídica que la tendencia latina. Es un conjunto de principios, la apreciación será hecha por el magistrado a posteriori.

Es pues –afirman algunos– una excepción al juego normal de la regla de conflicto evitándose en lo posible hacer uso de este recurso. En el derecho anglosajón la *public policy* es invocada muy raramente, opera a posteriori como una excepción al respeto debido a la norma aplicable del derecho extranjero declarado aplicable por las normas de conflicto del foro.

Corrige resultados, no reglas jurídicas abstractas, tutela circunstancias según los más esenciales patrones de justicia del foro. Son reglas extranjeras cuya aplicación significaría resultados contrarios al Orden Público del foro.

La formula legal restrictiva aparece en la Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre<sup>340</sup> “Conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias” cuyo artículo 7 dice “La aplicación de una de las leyes declaradas competentes por la presente convención no puede ser descartada, salvo que sea manifiestamente incompatible con el Orden Público”.

El Orden Público internacional en cuanto excepción al principio de comunidad de derecho, fue innecesario, y desconocido durante el periodo histórico dominado por el Derecho Romano y el Canónico que tuvieron una indiscutida y

---

<sup>340</sup> ALEGRÍA BORRAS. “Convenciones de La Haya”. 1956, 1970.

general autoridad en Europa. Se estableció entonces al derrumbamiento de este *statu quo* que los legisladores nacionales cerraran las brechas abiertas en la comunidad de Derecho con las normas excepcionales de Orden Público internacional.

Planteadas las diferencias de estatuto a estatuto, entre las ciudades italianas de la Edad Media; de costumbre a costumbre, entre los señoríos de la época feudal; de ley a ley entre los Estados que todavía conservaban aquella esencial comunidad de derecho, respondían a las particularidades propias de cada pueblo.

Dadas las diferencias suscitadas en el mundo civilizado de la época permitió al legislador nacional a obligarse a hacer normas defensivas desde la arista de las normas genéricamente concernientes al hombre, determinando que el legislador nacional a través de su propia legislación para su Estado, se erige en legislador universal.

Cuando un legislador regula la sociedad de gananciales tiene en su criterio el régimen económico de la familia del Estado al que pertenece; en el caso que prescriba la indisolubilidad del vínculo, legisla para la familia humana en general.

Nada impide en el primer caso admitir la ley nacional de otro Estado que regule al régimen de bienes de un matrimonio extranjero que resida en otro Estado; de lo que se columbra que no existe posibilidad alguna para que se aplique en un Estado extranjero a un matrimonio realizado en otro Estado su ley personal en materia de divorcio. Sin embargo, es de mencionar que las reglas de Derecho Internacional Privado según la ley Estado peruano en materia de familia es siempre la ley nacional de nuestro Estado peruano. Al efecto el legislador peruano crea su propia norma universal sustitutiva aplicable a todo tipo de matrimonio sea este argentino o colombiano dentro del territorio peruano sino que no debe ser para socavar las instituciones que permanecen en el Estado peruano.

Así se aprecia que el Orden Público internacional viene a cerrar las brechas que se presentan entre la comunidad de Derecho y la legislación nacional abrió el divorcio por parte de la ley extranjera. Debe anotarse que las reglas del Derecho Internacional privado son aceptadas cuando no tocan los principios fundamentales de la ley propia.

La comunidad jurídica entre los Estados se ha restringido por la variedad legislativa, pero se mantiene en la vida internacional. Forma círculos concéntricos en los que de mayor a menor la comunidad de derecho coaligante se reduce cada vez más.

Al respecto de la institución jurídica del divorcio el círculo de más coincidencia corresponde a aquellos Estados que no admiten el divorcio en cuanto al vínculo, continuar el círculo de aquellos otros Estados que no admiten el divorcio pero conservan el régimen monogámico, después está el grupo de aquellos Estados que aceptan la poligamia pero mantienen la familia y surgiría un último espacio de aquellos Estados que no reconocen la institución familiar.

Yanguas Mesías ha dicho<sup>341</sup> “la excepción de Orden Público así concebido, crecerá o disminuirá, frente a cada legislación extranjera, en proporción inversa a como crezca o disminuya la comunidad de derecho que las una”. Esto no es una medida fija ni igual en el tiempo y entre los Estados, e incluso dentro de un mismo Estado varía según se desarrolla el círculo en que se desenvuelve cada legislación extranjera y también atendiendo a la época en que se desenvuelve; depende en mucho del grado de similitud de una determinada legislación con las legislaciones extranjeras, en aquellos principios que el legislador considere de valor universal y humano.

La comunidad jurídica no siempre es la misma, la legislación nacional ha sido siempre permisible con la legítima hereditaria que en el caso de los estados del *Common Law* por el sistema unitario el causante puede disponer de todos sus bienes todo lo contrario sucede en los estados de sistema romanista latino

---

<sup>341</sup> YANGUAS MESÍAS. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 352.

donde interviene el sistema fraccionamiento donde no se puede realizar o dejar sin derechos a los herederos forzosos hasta una tercera parte de la herencia.

De lo que se columbra que la comunidad jurídica no se rompe por la existencia de una simple diversidad legislativa.

Requiere además, como queda dicho, que la diversidad afecte a principios de valor genérico humano que excluyen la aplicación de toda norma contraria extranjera; no a los de valor específico nacional, en los que la admisión de la ley extranjera lejos de contradecir confirma la existencia de la comunidad de derecho, sin la que el Derecho Internacional Privado perdería toda su razón de ser como disciplina jurídica aparte de las puramente internas.

De allí que se plantea que el Orden Público debe ser aplicado con criterio restrictivo, por tratarse de una excepción al principio de la comunidad de Derecho y para no hacer ilusoria la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la propia norma de Derecho internacional privado del juez.

Debe tomarse en cuenta que el Orden Público internacional excluye la aplicación de toda norma contraria a los principios fundamentales de la ley del juez. Siendo otro caso el que sucede cuando es el reconocimiento de los efectos a la aplicación a la ley extranjera hecha por un tribunal competente, cuando estos efectos no son atentatorios al Orden Público.

Es pues el Orden Público una excepción al principio de la comunidad de derecho; excepción que por lo demás confirma la regla dejando relevante la existencia de una comunidad jurídica en zonas extensas del derecho, por encima de las fronteras y no obstante la diversidad legislativa entre los Estados. El choque, esa notoria colisión<sup>342</sup>, esa oposición que se presenta entre el Derecho nacional y el Derecho extranjero que habitualmente se puede dar durante el momento de proceder a la reglamentación de una relación o situación planteada ante el foro no tiene otro origen sino en la incorrecta

---

<sup>342</sup> NIBOYET. "Principios de Derecho Internacional Privado". Pág. 376.



aplicación de las leyes vigentes lo que modifica sustancialmente la esencia del problema planteado hasta el punto de hacer innecesaria la aplicación a una excepción basada en razones de Orden Público.

Como es natural, es perfectamente dable que un ordenamiento extranjero contenga una reglamentación diferente en algunos casos opuesto a la que rige en el derecho del foro en referidas materias. Si en el foro existe una normativa material cuyo ámbito de aplicación se extiende a unos determinados supuestos, ese mismo ordenamiento remite para su reglamentación a un ordenamiento extranjero.

Así pues el juego ciego, el salto al vacío que supone la norma de conflicto no es tan así porque la norma que declara aplicable una normativa que sencillamente no contempla al supuesto planteado.

Es necesario atender la explicación sobre el ámbito de aplicación de la norma material así pues se establece que el artículo del C.C. referente a la mayoría de los peruanos esta se refiere a los peruanos independientes de su ubicación territorial que puede ser fuera o dentro el territorio nacional.

Otra cosa son las leyes de policía y de seguridad pública de nuestro ordenamiento que se aplican a todo aquel que se encuentre dentro de nuestro territorio peruano como lo prescribe el Código Civil.

Así, los artículos 8 y 9 del C:C:E. (ojo) delimitan el ámbito de aplicación del ordenamiento material del foro respecto de los supuestos para ellos contemplados.

La norma de conflicto bilateral establece además el ámbito de aplicación en el territorio nacional de ordenamientos extranjeros eventualmente conectados con esos supuestos lo cual significa averiguar cuál es aplicable el ordenamiento interno o el ordenamiento extranjero.

De otro lado debemos tener presente que la norma de conflicto es una regla de delimitación, la que naturalmente no es arbitraria o indiscriminada. Se da la cuestión que cuando no se aplica a una relación o situación jurídica la ley del foro deja de aplicarse la concepción del foro determinado en sus principios jurídicos, políticos, económicos y morales tiene acerca de la forma en que esa relación o situación debe ser reglamentada. Una autolimitación de la soberanía que los Estados asumen ante las exigencias del comercio jurídico internacional y de las relaciones entre los hombres. Ahora bien, en cuanto que el valor en juego es nada menos que el de la soberanía, no se trata de una autolimitación indiscriminada. Lógicamente los principios que el foro considera fundamentales para la organización de las relaciones sociales en un momento dado, informan la decisión de qué materias y bajo qué condiciones esa autolimitación va a producirse.

El ordenamiento del foro<sup>343</sup> es necesario que en estas materias el extranjero no sea sustraído a sus propias leyes y que por lo tanto no debe llevarse a sus últimas consecuencias el principio de la soberanía territorial del Estado permitiendo a su vez con ello la aplicación de las leyes vigentes al respecto en otros Estados. La ley personal está determinada por la nacionalidad y no por cualquier otra de las circunstancias que pueden relacionar a un individuo con las leyes de un Estado.

Cabe señalar que las normas de conflicto que son expresión de las materias y condiciones de la mencionada autolimitación de la soberanía, son elaboradas como toda regla jurídica atendiendo a la concepción de Orden Público imperante en el foro.

Informadas por los mismos principios existe pues una coherencia entre todas las reglas que componen un ordenamiento. Se señala que la aplicación en el Derecho del foro de un Derecho extranjero es solo posible respecto de los supuestos no contemplados en el mismo. Si dada la aplicación de la Excepción

---

<sup>343</sup> El ordenamiento del foro se viene estableciendo como un presupuesto para lograr adecuar a todo el sistema jurídico las normas extranjeras contradictorias con el mismo.

de Orden Público se tiene que aplicar a un supuesto planteado el derecho interno del foro pero como consecuencia que este lo permite aplicar al supuesto determinado. Pero en el caso de darse lo contrario se debe plantear que existe la posibilidad que la norma de conflicto fuese interpretada en forma incorrecta cuando la reglamentación de ese mismo supuesto fue atribuida a un ordenamiento extranjero.

Surge otra cuestión muy importante que es la determinación de la normativa aplicable a un supuesto dado. Cuando las leyes vigentes dan lugar a la apelación de la excepción de Orden Público –normas de Derecho interno que obligan a todos los que se encuentren en el territorio por un lado y las normas de conflicto por otro– son leyes redactadas necesariamente con un alto nivel de generalidad y abstracción lo que equivale a afirmar que se hace particularmente difícil el determinar su ámbito de aplicación real; así la correcta determinación entre norma interna y norma de conflicto realmente aplicable a un supuesto dado exige la puesta en común de todas las reglas eventualmente conectadas con dicho supuesto.

En cualquier ordenamiento jurídico<sup>344</sup> se pueden hallar reglas carentes de los elementos necesarios para hacer surgir un derecho o una relación jurídica; son aquellas normas que no pueden actuar por sí sino que presuponen la existencia de de otras dotadas de un supuesto de hecho al que se le coaliga una consecuencia jurídica conclusiva. En el caso de las normas completivas o dependientes, es decir, las que aclaran las consecuencias jurídicas de otra norma de aquellas que conllevan una negación de otra regla jurídica para un caso concreto o de aquellas que definen un concepto legal.

También es el caso de las normas auxiliares caracterizadas por un supuesto de hechos intencionadamente completo, que se limitan a ser condición para la validez o la eficacia de un supuesto de hecho independiente.

---

<sup>344</sup> Las normas jurídicas resultan siendo un elemento que tiene como principal objeto el cuidado de los distintos elementos a desarrollar para la consecución de los objetivos del Orden Público en la preservación del ordenamiento jurídico nacional.

Es esta situación destinada a conseguir la economía material del ordenamiento jurídico, ahorrando repeticiones, simplificando la exposición de la norma principal de la que dependen o al que auxilian. Es necesidad de carácter gramatical y de técnicas legislativas las que provocan el que la norma jurídica no se presente generalmente en una sola disposición o texto, sino en párrafos y artículos dispersos.

Así, lo que por razones de técnica legislativa es separado durante la fase de la producción del Derecho reclama su reconstrucción su reagrupamiento en el momento de la aplicación. La normativa sobre un determinado asunto está formada por la norma principal que contempla el caso en supuesto de hecho y por los elementos escindidos de la misma que la completan, interpretan o desarrollan.

La normativa final así obtenida forma un todo orgánico que supera por tanto la mera yuxtaposición para alcanzar el nivel de concurrencia en la regulación del supuesto del hecho que los une.

Toda remisión al Derecho extranjero ha de considerar la posibilidad de un reenvío de esta ley a la del foro. Así lo establecido en el artículo 2100 del C.C.sobre sucesión establece que se aplicará el domicilio del último causante sin embargo aparece también la disposición en el derecho material el artículo del a.C. peruano que establece que no cabe los testamentos mancomunados lo que determina a su vez que los testamentos otorgados bajo esa forma no tenga validez en el Perú los testamentos referidos otorgados en el extranjero.

La Sentencia del Tribunal Supremo Español<sup>345</sup> establece claramente que no existe ninguna especialidad que haga diferentes de otros supuestos los problemas de interpretación cuando las leyes vigentes son de Orden Público y conflicto cuando el tribunal señala “la sentencia recurrida no deja de tener en cuenta los preceptos invocados por el recurrente, sino que varios de ellos los

---

<sup>345</sup> 307 Sentencia del Tribunal Supremo Español del 22 de noviembre de 1977. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Nº 4,284.

cita expresamente y otros los sobreentiende por lo cual no puede sostener fundadamente que los haya violado y en segundo término que para sostener la procedencia de tal motivo se hace supuesto de la cuestión, atribuyendo a dichos preceptos un alcance distinto del que le dio el juzgador (...).

Desde la perspectiva del Orden Público el mismo tribunal al hacer uso del “carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de Orden Público” aprecia que “ha desaparecido el impedimento del ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal, y que en consecuencia el nuevo matrimonio es válido”.

El tribunal también distingue en la referida sentencia entre matrimonio canónico y civil; en el matrimonio canónico es indisoluble esencialmente, todo lo contrario sucede con los matrimonios civiles los divorcios remite a las reglas de excepción al principio de irretroactividad por lo que el divorciado podría contraer matrimonio con tercera persona.

Así, el reconocimiento de la eficacia disolutoria del vínculo matrimonial no contraviene el Orden Público.

En cuanto a las normas civiles y comerciales de aplicación inmediata aparece el Orden Público internacional en la edición que lo interpreta como una cualidad ínsita en diferentes disposiciones en oposición a la otra doctrina que concibe el Orden Público internacional como una cualidad de ciertos principios subyacentes a disposiciones.

Lo anteriormente dicho se establece por Francescakis autor de la frase “leyes de aplicación inmediata” y en los siguientes términos “La razón de ser de esta nueva denominación es la de reunir por el mismo vocablo lo que la jurisprudencia entiende indistintamente por –leyes de policía y de seguridad– y leyes de Orden Público, evitando las ambigüedades que actualmente aquejan estos dos términos”.

Después Franciscakis conceptúa así las leyes de aplicación inmediata<sup>346</sup> “Se habría de entender aquellas de la ley francesa (sin importar su clasificación en Derecho Público y Derecho Privado) cuyo interés para la sociedad estatal francesa es demasiada grande para que aquellas puedan entrar en concurrencia con leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, por consiguiente, teniendo en consideración esencialmente el fin que persiguen. Se dice que su aplicación ex –inmediata-, porque se hace sin intervención de normas de colisión, noción privativa de conflicto de leyes del Derecho privado”. Como queda dicho la categoría “leyes de aplicación inmediata” tuvo una gran acogida en la doctrina francesa y extranjera. Como consecuencia en parte a las dificultades del Derecho positivo. Y no solo en Francia aparece el binomio de “leyes de policía y de seguridad” y –“leyes de Orden Público” lo que la novísima legislación española no ha sabido superarlo (arts. 8 y 12 inc. 3).

Siendo que la verdadera fuerza motriz del nuevo lenguaje que acostumbra a ocurrir en el Derecho internacional privado el “Heimwärtsstreben” (la nostalgia de sus pagos) (la tirada hacia la querencia) de los funcionarios.

Sin embargo de otro lado se debe tener presente que no puede existir normas sin determinación del ámbito territorial dentro del que rigen. La referida determinación se realiza por intermedio de una norma indirecta unilateral y constituye una abstracción de elementos sobreentendidos en normas emparentadas.

Las normas de Derecho Internacional privado se distinguen de la determinación del ámbito espacial de las leyes propias por el principio de la extraterritorialidad del Derecho privado extranjero que en su traducción normativa, requiere normas indirectas omnilaterales. Por consiguiente, la verdadera oposición no existe entre normas de aplicación mediatas e inmediatas, sino entre normas aplicables en virtud de normas indirectas omnilaterales y unilaterales.

---

<sup>346</sup> Las leyes de aplicación inmediata en realidad son todas por cuanto resuelven los derechos en forma directa.

Las “leyes de aplicación inmediata” cuya denominación en realidad no corresponde, son leyes propias aplicables con arreglo a normas indirectas unilaterales.

Kegel sustituye la fraseología de Franciscakis por el de “normas exclusivas” (*“Exklusivnormen”*) y las define como normas de colisión que extienden excepcionalmente la aplicación del Derecho alemán.

La “ley de aplicación inmediata” equipará a la institución legítima del Orden Público internacional que se niega a tolerar lo intolerable la aplicación *urbi et orbi* del Derecho Público propio que resulta injustificada.

Lo que sucede en efecto es que las leyes del Derecho público nacional se aplican, si los casos ocurren en el propio territorio, en el supuesto contrario las autoridades han de inhibirse por incompetencia porque no pueden resolver mediante la aplicación del Derecho Público extranjero<sup>347</sup>. En el caso del Derecho Penal si el delito es llevado a cabo en el territorio nacional en caso contrario debe declararse incompetente. Al contrario, las leyes de Orden Público –admitiendo si bien no concediendo, la tesis de que el Orden Público internacional se compone de leyes propias) son aplicables, si una autoridad nacional fuese competente no importa en donde el caso controvertido se haya llevado a efecto. En esta hipótesis pues la norma indirecta unilateral no determina el ámbito de aplicación del Orden Público internacional estrictamente con criterio territorial sino más bien personal no importa el territorio en donde el caso ocurrió lo que interesa es si la autoridad competente para enjuiciarlo es la propia.

Existen muchos supuestos en cuya solución intervienen leyes de Derecho privado y otras de Derecho público. Si en esta hipótesis las leyes características de Derecho público no son aplicables por ser territoriales y tampoco son aplicables las leyes extranjeras de Derecho público por su falta de

---

<sup>347</sup> El Derecho nacional es de lógica aplicación en el territorio del Estado donde aparecen la vinculación de las citadas normas de carácter imperativo para ese territorio.

extraterritorialidad, los hechos deben someterse al Derecho privado aplicable. Se debe tener presente cuándo se debe aplicar un Derecho extranjero que adjudica a herederos forzosos una legítima inferior a la conferida por el Derecho propio. En este caso como queda dicho el juez debe aplicar no otra cosa que las disposiciones propias sobre legítima forzosa aunque a la masa hereditaria le sea aplicable, según el Derecho Internacional Privado del Juez, el Derecho extranjero que es poco generoso. El juez invocaría el Orden Público internacional y procedería correctamente con tal de que se comulgara con la concepción de Orden Público internacional como una cualidad de disposiciones propias. En el Perú, se halla domiciliado el inquilino de un inmueble situado en otro. Se había establecido el pago en dólares, lo que en nuestro país a diferencia del de la situación del inmueble estaba prohibido. Nuestro juez aplica de entrada, considerándola como una ley de aplicación inmediata, nuestra prohibición del pago de dólares. En este sentido la resolución sería errónea. Nuestra Ley de arrendamiento urbano tiene un ámbito de aplicación y no se aplica sino a arrendamientos de inmuebles sitos en el territorio nacional. Lo cual debe considerarse válida la estipulación. Otra cosa diferente es si luego la condena puede ejecutarse por dólares. Este particular se regiría por el Derecho procesal nacional cuyo ámbito espacial de aplicación es de nuevo territorial, pero suponemos que la ejecución se intente en el Perú.

Vitta considera “peligroso” el concepto de las “leyes de aplicación inmediata”<sup>348</sup> siendo que el peligro consiste en que con su ayuda el juez puede tratar casos de Derecho Público o de combinación de Derecho privado y de Derecho público los cuales tienen, cada grupo su propio régimen como si fuesen casos de Orden Público internacional. Además, se elige entre la concepción apriorística y a la a posteriori del Orden Público internacional la primera que es chauvinista mientras que la segunda es cosmopolita. Siendo que finalmente todo está a criterio del Juez con quien en todos los países se ha hecho idéntica experiencia, la de que en caso de duda o del pretexto de una duda aplica invariablemente su propio derecho.

---

<sup>348</sup> En realidad las leyes de aplicación inmediata son aquellas que resuelven directamente el conflicto.



El denominado método de las “leyes de aplicación inmediata” lejos de ser un método justo de resolver casos mixtos, es la manera de regresar a la época anterior a 1228, o sea a la inmortal glosa de Acursio.

Sin embargo, se afirma que el planteamiento de Savigny respecto a la comunidad es un concepto que no se respeta Batiffol y Lagarde<sup>349</sup> mencionan que en el caso de Francia, en casos que no se ha aplicado leyes pertinentes a leyes pertinentes a países de la propia cultura occidental, tal es el caso de la exclusión de la ley inglesa que prohibía la legitimación de los hijos naturales o e la ley alemana que admitía la investigación de la paternidad.

Larebours-Pigeoniere<sup>350</sup> señala que el Orden Público actúa como defensa de los fundamentos del derecho del foro, en el caso de leyes extranjeras que aprueben la poligamia o una patria potestad despótica, esto sería defender el derecho natural (*lato sensu*). Pero también interviene para salvaguardar una política legislativa, así el matrimonio secular, limitación de las causales de divorcio o legitimación de los hijos adulterinos, lo cual sería un segundo caso pues se estaría resguardando los fundamentos políticos y sociales de la civilización francesa.

Funciones que por lo demás lo hacen incierto y difícilmente previsible, situación que en ocasiones es atribuido, a que las reacciones violentas de desaprobación tienen una presentación rebelde a la previsión y al análisis. En lo referente a lo de Derecho natural de la cual se deduce la ley positiva su fuerza decrece en la medida que se aleja del principio inicial, lo cual significa que las deducciones del razonamiento al ser más lejanas, inciertas y discutibles, puedan estar en contradicción con los principios básicos, lo que resulta siendo una tarea que no se puede resolver a priori.

Los Tribunales no solo son reacios a aplicar las leyes extranjeras contrarios a los principios fundamentales de las leyes del foro sino las que son

<sup>349</sup> BATTIFOL y LAGARDE. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 46.

<sup>350</sup> LAREBOURS-PGEONIERE. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 308-310.

contradictorias también con cierta política legislativa, es consecuencia que tiene cualquier ley con el “bien común” o “interés general”.

También está la opinión pública que es una de las variables que determina las apreciaciones para descartar la ley extranjera.

### **Como Principio**

Consideran su aplicación como una competencia normal, la excepción es precisamente la aplicación del Derecho extranjero.

Es la denominada tesis latina dentro de la cual se puede ser monista o dualista, es una serie de disposiciones, estas deben ser aplicadas por el magistrado a priori.

En la influencia doctrinaria de Pascual Estanislao Mancini se puede encontrar que el Orden Público se use el Orden Público para aludir la territorialidad, la justicia y las afinidades latentes en la comunidad jurídica. Los civilistas mayoritariamente (los clásicos) el examen del Orden Público se hace íntimamente ligado con el estudio de la personalidad de la ley, como si se tratara exclusivamente de una limitación puesta por el imperio de la ley personal.

MANCINI acierta al formar un concepto unitario de los casos de no aplicabilidad de la ley extranjera regularmente competente es la ley nacional y una designación –aceptada en países latinos de Europa y América– la de las leyes de Orden Público, sin embargo equívoco cuando agrupo dentro del concepto de Orden Público los supuestos en que la ley territorial, o mejor una ley territorial pues es lo mismo la del foro que la referida a un inmueble ubicado en otro Estado, es competente.

En el marco de esta noción unitaria para MANCINI en su Reporte al Instituto de Derecho Internacional<sup>351</sup> señala que de alguna manera se puede decir “el Orden Público, en todos los países, comprende también en la acepción más amplia de la palabra el respeto de los principios superiores de la moral humana y social tal como son entendidos y profesados en aquel país, las buenas costumbres los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana, ni ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para estos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera, o los actos o contratos realizados en el extranjero violan estos principios o esos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana, puede, a justo título, recusarles todo efecto y toda ejecución en su territorio. Así ocurre con la esclavitud, la poligamia y otras instituciones extranjeras, que en vano se intentaría hacer aceptar y reconocer en otros países. Se pueden rechazar, no solo las instituciones incompatibles con el orden moral, sino también las que son incompatibles con el orden moral, sino también las que son incompatibles con el orden económico establecido en una sociedad, estando comprendido el orden económico en la más amplia acepción del Orden Público”.

MANCINI concibe el Orden Público como motivo de inaplicación de la ley extranjera declarada competente por la regla de conflicto, pero extiende demasiado este concepto al hacer entrar dentro de él los supuestos en que es competente normalmente una legislación distinta de la nacional del recurrente. WEISS (Manual de Derecho Internacional Privado, París, págs. 367-368) considera en el Orden Público todas las excepciones a su principio general de personalidad del Derecho distinta de la autonomía de la voluntad y de la aplicación de la regla *Locus regit actum*.

Esta conducta de los juristas citados WEISS y MANCINI se extiende a establecer las leyes territoriales como parte del Orden Público. Surten sus efectos para extranjeros y para nacionales.

---

<sup>351</sup> MANCINI P. E. “Reporte al Instituto de Derecho Internacional”. *Jornal de Derecho Internacional*. 1874. Pág. 295.

PILLET leyes de Orden Público o territoriales son aquellas que exigen la generalidad de su aplicación, con sacrificio del carácter de permanencia.

SÁNCHEZ BUSTAMANTE<sup>352</sup> opone las leyes de Orden Público internacional concebidas con la misma amplitud, a las que llama de Orden Público interno, caracterizadas por seguir universalmente a los nacionales o domiciliados en el país que las dictó.

Los defensores del Orden Público como un conjunto de principios gira en torno al binomio disposiciones y principios a ellas subyacentes, se ha dicho que el mismo se encuentra en los principios que inspiran a las disposiciones.

Suficiente es que el Derecho Internacional Privado se hable de Orden Público solamente para tener por entendido que se está refiriendo a los principios inalienables del derecho propio.

Resulta lo contrario cuando haciendo referencia en el derecho interno el Orden Público nadie puede ignorar que estamos frente al Derecho coactivo y al Derecho dispositivo.

Los principios subyacentes a las disposiciones son en muchos casos principios inferidos de disposiciones ya legisladas. Así, debemos colegir que cuando se trata de la institución de que la capacidad civil se obtiene a los 18 años en el Perú puede servir para establecer que antes de esa edad los peruanos no pueden realizar negocios jurídicos y contratos válidos absolutamente, en el caso de la adopción se plantea que existe la posibilidad que sin ser padre por consanguinidad se pueda asumir la calidad de padre o madre de una persona mayor o menor de edad, también se establece la prescriptibilidad liberatoria de los créditos, respecto a la acción reivindicatoria no es contradictoria con la usucapión.

---

<sup>352</sup> SÁNCHEZ BASTAMANTE y SIRVEN, Antonio. “El Orden Público. Estudio de Derecho Internacional Privado”. La Habana, 1893. Pág. 121.

Además de los principios de nuestro ordenamiento tanto los inferidos como los legislados (y dentro de estos los desarrollados como los que permanecen sin desarrollar), hay que traer a colación los principios dimanantes de la justicia el concepto de principios generales.

Goldschmidt ha dicho “Siendo el Orden Público un conjunto de principios, no es posible partir de ellos, por carecer de fuerza operativa”. Se debe iniciar entonces por alcanzar a conocer el derecho aplicable (aplicación del sistema jurídico de Derecho Internacional) después se debe averiguar cual es la solución del caso en virtud del derecho extranjero aplicable<sup>353</sup>, a posteriori será posible comprobar y controlar la compatibilidad de aquella con los principios inalienables es el caso del derecho de sucesiones que establece según el derecho aplicable el peruano que debe aplicarse el último domicilio del causante para dilucidar lo referente a la sucesión en el caso de darse el supuesto que en el testamento realizado conforme al derecho aplicable señala que se dispone toda la masa hereditaria para los herederos fuera de nuestro territorio, sin embargo, al existir herederos forzosos en nuestro país no cabe que se realice ningún internamiento del Derecho extranjero por estar contra el Orden Público de nuestro Estado peruano.

Así visto el Orden Público como conjunto de principios, el Orden Público no aparece entre las características de carácter positivo de la consecuencia jurídica de la norma indirecta sino que por el contrario constituye una excepción, una característica negativa. Así al Derecho extranjero se aplica, con tal que no conculque nuestros principios, con lo cual prevalecería el derecho nuestro sobre el ajeno. No se debe aplicar el Orden Público de un país cuyo derecho no resulta aplicable por muchos elementos del caso que se radicasen allí.

El Orden Público es un principio siempre el del juez. Lo que se debe estimar que cuando se aplique el Derecho extranjero es necesario tener en cuenta su

---

<sup>353</sup> La posibilidad de comparar el Derecho interno con el Derecho internacional es bastante claro respecto a qué elementos deben ser los que ayuden a efectuar el desarrollo legal.

Orden Público, dado que el juez extranjero lo tendría en cuenta y su hipotética sentencia es la que deberíamos de tratar de imitar lo legislado.

Goldschmidt ha dicho<sup>354</sup> “De las dos concepciones del Orden Público la justa es la que lo concibe como un conjunto de principios y por ello lo aplica a posterior; en otras palabras, la que coloca el Orden Público como ‘cláusula de reserva’ en el lugar de la característica negativa de la consecuencia Jurídica”.

En el VII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional” que ocurrió en Buenos Aires en el mes de agosto de 1969, en el mismo se señala así “Considerando que la noción de Orden Público implica la previa identificación de la ley extranjera llamada a regir un caso concreto y excluye su aplicación si tal ley contradice los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional el VII Congreso del Instituto hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional declara aplicable, deja de serlo si la solución del caso concreto pudiera infringir los principios fundamentales que rigen la solución en el ordenamiento jurídico nacional”.

Los artículos 4 de los protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 así como el artículo 14 inc. 2 del Código Civil argentino también comulga con la tesis del Orden Público como conjunto de principios.

No obstante es posible plantear que el artículo 14 inc. 2 del C.C. argentino cuando dice “espíritu de la legislación” no alude al antagonismo entre disposición y principio sino al eventual conflicto entre texto y sentido, conforme lo hace de modo similar el artículo 86 inc. 2 de la CN solo esta concepción permite el despliegue debido de la extraterritorialidad del Derecho Privado extranjero.

El artículo 159 del C.C. argentino comulgaba con la concepción del Orden Público como conjunto de principios.

---

<sup>354</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. “Derecho Internacional Privado-Derecho de la Tolerancia”. Pág. 157.

Aunque el Orden Público es un conjunto de principios y si bien la Constitución nacional es la sede de los principios legislados no se debe estimar que una ley extranjera que sería inconstitucional si fuese nacional habría de violar nuestro Orden Público, de otro lado para violarlo no es necesario que esta fuera inconstitucional.

Los principios de Orden Público internacional pueden cambiar en el transcurso del tiempo. Pero, precisamente por su manera de ser ellos son necesariamente retroactivos; he aquí lo que se denomina la “actualidad del Orden Público”.

BUSTAMANTE, siguiendo la orientación de Mancini y Pillet, que entiende la expresión Orden Público internacional recubre una categoría de leyes que corresponde las leyes territoriales. El Orden Público es la idea de carácter imperativo aparece en Mancini justificando las derogaciones indispensables al principio general de la competencia de la ley personal, que en el mismo es ley nacional.

También Bustamante opone las leyes de Orden Público internacional con la mayor amplitud a la que llama Orden Público interno caracterizado por su extraterritorialidad.

Para BATIFFOL y LAGARDE<sup>355</sup>, señala que esta noción de ley territorial es equívoca, dicen el Orden Público francés incluye cuestiones de naturaleza de competencia normal de la ley personal, es así que cuando en 1857 cuando los tribunales franceses se negaron en nombre del Orden Público aplicar la ley inglesa que prohibía la legitimación de los hijos naturales, se concluyó que la legitimación era una institución territorial, al mismo título que las leyes reales.

BARTIN, señala que el Orden Público puede funcionar contra una ley real o penal extranjera, así como el caso de la sentencia de la Corte de Casación de Francia que rechazó una ley extranjera competente que determinó una

---

<sup>355</sup> BATTIFFOL y LAGARDE. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 411.

expropiación sin indemnización al propietario. Lo cual significa que no se puede adherir el Orden Público internacional a las llamadas leyes territoriales, como en el caso de Bustamante en su taxonomía de las leyes, para los efectos de hacer comprensible la cuestión del Orden Público como excepción a la ley extranjera regularmente competente según las normas del foro.

El Código Bustamante no contiene en efecto una regla sobre el Orden Público STAMBLÉN Jürgen<sup>356</sup> señala “no se puede desconocer que, en su tendencia general, el tratado quiere tener muy en cuenta las concepciones jurídicas de los Estados Partes”. Se dice que ya desde las preliminares se planteó que en caso el Tratado de La Habana, no lo haga el Estado podía hacer cumplir las normas que son de Orden Público internacional. De otro lado, se debe decir que al aplicar el Código Bustamante no hay necesidad de acudir a cláusula general de excepción, como consecuencia de la amplia competencia concedida a la *lex fori* y a las muchas cláusulas especiales de excepción. Al respecto una sentencia brasileña que determina la supremacía del Orden Público sobre las reglas del Código de Bustamante.

AGUILAR NAVARRO concibe el Orden Público como principio general que necesita una base de principios metafísicos, puesto que de otro modo aparecería como una manifestación territorialista que en modo alguno puede compatibilizarse con el carácter universalista que la doctrina ha dado a este sector jurídico<sup>357</sup>.

La doctrina tradicional ha prescrito dos principios de acuerdo al Orden Público son los siguientes:

- a) El Orden Público puede apreciarse por sus efectos ya que como hemos visto resulta imposible una definición a priori que contenga todos sus elementos

<sup>356</sup> STAMBLÉN, Jürgen. “Derecho Internacional Privado. Págs. 273-274.

<sup>357</sup> AGUILAR NAVARRO. “El Orden Público en el Derecho Internacional Privado”. R.E.D.I. Vol. VI. 1953. Pág. 34.



Al respecto debemos señalar por tratarse el Orden Público de una categoría jurídica que se puede estimar a partir de sus efectos puede confundirse con otras categorías jurídicas en lo referente a los efectos análogos sobre el impedimento del fraude internacional, existiendo en ese sentido dos criterios:

## Como efecto

Para Ruchelli<sup>358</sup> El Orden Público es un efecto del interés general, tan igual como el “fraude a la ley” y la “cláusula de interés general” la “ejecución de sentencias”. Es un planteamiento que pretende ser distinto, sin tomar en cuenta que cada autor en realidad tiene su verdad y que cuando se trata de ubicar dentro de un contexto axiológico de sus autores vuelve a incidir con los mismos esquemas del positivismo jurídico una solución de constructo causa-efecto, con lo cual la definiciones de los autores se vuelve indefinibles.

Parte del presupuesto –Ruchelli<sup>359</sup>– que el Orden Público es un efecto del interés general, y advierte en la forma –por demás autoritaria– que lo contrario sería dar paso a la creación de un monstruo poliforme, englobando sectores del orden jurídico que no le corresponden.

También plantea que se crean divisiones artificiales en lo referente al funcionamiento del efecto Orden Público y en lo referente a la caracterización del mismo.

Ruchelli parte de tomar a los derechos y garantías que aparecen en una carta fundacional tuviese un color, es decir, el “interés general” de color blanco –suma de todos los colores– el mismo que produce “efectos” que aplicado a otra zona del orden jurídico, lógicamente ya no serían blancos, sino que tendría el color de la zona del orden jurídico a la que se lo dirigiese, dándose una diversidad de colores, que pueden manifestarse según cada instituto o

---

<sup>358</sup> RUCHELLI. “Orden Público”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 76.

<sup>359</sup> Ibíd. Pág. 74.

institución jurídica. Lo que significaría, que no se puede confundir entre sí, ni mucho menos asimilarlos. Lo que sí confundiría –según este autor – es llamar “Orden Público” pues no existe fundamento alguno para que ambos efectos lleven el mismo “nombre de pila”, lo único que tienen en común en el punto de partida es el “interés general” no estando íntimamente ligado y ambos tienen funciones totalmente diferentes. Es innecesaria la división arbitraria de lo que se manifiesta por la tendencia monista en esa orientación –Romero del Prado, Vico–.

Parte de esta doctrina entrelaza el Orden Público con el fraude a la ley –que solo sería una parte del Orden Público– también sucede lo mismo con la “cláusula del interés general” que se le confunde con un “Orden Público *ad minimus*” como lo establece E. Bartin.

Se reconoce que la doctrina dualista se acerca a la verdad, por cuanto cierra las características de ambos efectos, dándole a cada uno de ellos un ámbito determinado. Los cuales serían “hacia adentro” donde aparece el Orden Público interno y “hacia fuera” el Orden Público internacional, es decir, la no aplicación del derecho de otro Estado cuando vulnere el “interés general” viene a ser una limitación incorrecta de aquel.

Se debe mantener el planteamiento de Nussbaum en cuanto se debe integrar en el concepto la ejecución de las sentencias extranjeras, lo contrario sería eliminar una importante fuente de ingreso del Derecho extranjero. Esto debido a que una parte del Derecho extranjero lo importamos por indicarlo la norma de remisión y otra porción significativa la importamos porque nos es solicitada, por vía de la ejecución de sentencias extranjeras. Con lo que se tiene que señalar que no se puede limitar el efecto del “Orden Público” internacional al primero de los dos aspectos es dejar de lado el otro quitándole autenticidad.

Coincide Rucchelli<sup>360</sup> con Retortillo Bacquer en el sentido de no darle un ámbito desmesurado al efecto del “interés general” que es el “Orden Público”

---

<sup>360</sup> Ibíd. Pág. 76 Coincide con Retortillo Bécquer

debiendo al efecto determinar las consideraciones de las cartas fundamentales para determinar los asertos de nuestras afirmaciones.

El interés general parte del Preámbulo de la Constitución argentina, en la que se reconoce que su fin es el bienestar general por lo tanto estamos ante una consecuencia del “interés general” así como las disposiciones 22,28,30 de carácter constitucionales, la primera prescribe que debe exteriorizarse a través de las deliberaciones de los representantes del pueblo.

La segunda es defensiva del “interés general” estableciendo que las leyes que reglamente las disposiciones constitucionales no sean alterados por las mismas. La del artículo 30 señala cómo debe ser modificado el “interés general” reglando cómo debe realizarse el cambio de la Carta Fundamental. Es decir, que el legislador constituyente permite el establecimiento de los cambios en la Carta Fundamental como consecuencia de los cambios estructurales en la nación, haciendo un camino de evolución natural y pacífico.

También se dice que los demás artículos de la Constitución Nacional son el fiel reflejo del “interés general”, en tanto se refiere a la forma de gobierno y relaciones entre los Estados provinciales y gobierno federal, así como las garantías y derechos de sus habitantes, de allí surge el “Orden Público”.

### **Como reglas de Orden Público adjetivo y sustantivo**

Se refiere este análisis cuando se trata de encontrar diferencias cuando se trata de derecho de fondo y por tanto se trata de principios de interés general que aparecen en las cartas fundacionales y aquellas reglas que nacen del derecho de forma y que tienen el carácter imperativo y naturaleza instrumental. Lo que no obsta que una relación jurídica pueda conjugar el Orden Público de Derecho sustantivo o de Derecho adjetivo, siendo que pueden obligar que el Derecho tenga una mayor imperatividad, y es que el Orden Público no es contradictorio porque el principio queda resguardado.

En este aspecto cabe mencionar que existe una permanente pugna entre el principio dispositivo y el principio oficialista. Que se puede establecer en dos aspectos:

- A mayor cantidad de elementos de Orden Público de Derecho sustantivo en la relación de derecho, mayor es la aplicación del principio de oficialidad.
- A mayor cantidad de elementos de Orden Público del Derecho adjetivo en la relación de derecho, se dará más aplicación del principio dispositivo.

Rucchelli<sup>361</sup> plantea una clasificación así:

#### “I. Relaciones de Derecho interno

- a)** Con prevalencia en el contenido de elementos de Orden Público sustantivo.
- b)** Con prevalencia en el contenido de elementos de Orden Público adjetivo.
- c)** Con equivalencia en el contenido de elementos de Orden Público provenientes del Derecho sustantivo y adjetivo.

#### II. Relaciones de Derecho internacional

- a)** Con prevalencia en el contenido de elementos de Orden Público provenientes del Derecho Sustantivo del país que importa la relación.
- b)** Con prevalencia en el contenido de elementos de Orden Público provenientes del Derecho adjetivo del país que importa la relación.
- c)** Con equivalencia en el contenido de elementos de Orden Público provenientes del Derecho sustantivo y adjetivo del país que importa la relación.

#### III. Relaciones jurídicas nacionales o internacionales.

- a)** Con principios contradictorios de Orden Público provenientes del Derecho sustantivo, propio o del país que importa la relación.
- b)** Con principios contradictorios de Orden Público provenientes del Derecho adjetivo, propio o del país que importa la relación”.

---

<sup>361</sup> Ibíd. Pág. 78.

Al no producirse contradicción de elementos de Orden Público, se da dentro de la misma relación el sistema de protección interno internacional supuestos que van de a) hasta f). Pudiendo darse problemas en los ítems g) y f) por ser principios contradictorios, se da el caso de la prevalencia de unos elementos sobre otros, se debe hurgar en las características propias del caso.

Rucchelli<sup>362</sup> señala: “se establece el concepto dentro de la relación de derecho de elementos de Orden Público provenientes del Derecho sustantivo o adjetivo en consecuencia debe completarse con los aspectos implícitos de ellos, los que nos lleva a la siguiente clasificación de las relaciones de derechos:

- 1) Relaciones jurídicas con aplicación de principios contradictorios implícitos de Orden Público sustantivo y Orden Público adjetivo.
- 2) Relaciones jurídicas con aplicación de principios contradictorios explícitos de Orden Público sustantivo y Orden Público adjetivo.
- 3) Prevalencia de principios explícitos de Orden Público sustantivo sobre principios implícitos de Orden Público adjetivo.
- 4) Prevalencia de principios explícitos de Orden Público adjetivo sobre principios implícitos de Orden Público sustantivo.
- 5) Equivalencia de principios explícitos de Orden Público sustantivo y Orden Público adjetivo.
- 6) Equivalencia de principios implícitos de Orden Público sustantivo y Orden Público adjetivo.

Sistema General de precisiones entre los elementos implícitos y explícitos provenientes del Orden Público sustantivo y adjetivo.

Al tratarse del “interés general” y sus efectos, trátase de elementos implícitos o explícitos que se ocasionan a partir del Derecho material o del Derecho adjetivo, y tratar de establecer en el caso de contradicciones de los elementos una precesión de los mismos y lograr determinar un orden jurídico, sobre los valores dominantes provenientes del “interés general” y la solución. Que se

---

<sup>362</sup> Ibíd. Pág. 79.

puede otorgar en el orden interno, más en el orden internacional, donde se puede dar el contacto entre sus “intereses generales” de igual entidad.

Cabe la pregunta en el caso que exista una precesión de los elementos en un orden jurídico determinado, cuya validez sea general. Estando en estricta vinculación entre el “interés general”<sup>363</sup> y el efecto “Orden Público”.

Se puede dar una determinada relación internacionalizada con elementos explícitos de Orden Público adjetivo del Estado del juez que conoce el caso y a la vez con elementos de Orden Público sustantivo explícitos del Estado extranjero que emite el derecho dándose la posibilidad de la precesión del Orden Público adjetivo propio sobre el Orden Público sustantivo ajeno, precesión del Orden Público sustantivo sobre el Orden Público adjetivo.

Lo que significa que en el Derecho interno, el Orden Público que emana del Derecho sustantivo tanto en sus elementos explícitos o implícitos tiene precesión sobre los elementos de Orden Público adjetivo, implícitos o explícitos, en el Derecho Internacional Privado sucede que el Orden Público adjetivo propio es más importante, para establecer la precedencia, que el Orden Público sustantivo ajeno. Esta conduce a afirmar que el “interés general” nuestro es más importante que el “interés general” de otros haciendo que se haga pertinente la doctrina del territorialista y la falta de extraterritorialización del Derecho extranjero, en este ámbito se establece que el Derecho extranjero es un hecho y no un derecho lo cual significa por lo demás que no se suscitarán conflictos al no existir entidad alguna.

Al plantearse el sistema extraterritorial surge el orden de las precesiones de la existencia de un “interés general universal” en el que deberán preceder en las soluciones, las instituciones de Orden Público sustantivo sobre las adjetivas en una relación internacionalizada. Al efecto no es relevante ni la exportación ni la importación del Derecho, la precesión se realiza de acuerdo a su naturaleza. Lo que es en suma el reconocimiento de los derechos adquiridos, así el caso de la capacidad adquirida que es un elemento de Derecho sustantivo se exporta sin

---

<sup>363</sup> El interés es pues lo que aparece como elemento básico de cuidado y protección en la Constitución Política de un Estado nacional.

que otro sistema jurídico pueda modificarlo ni en virtud de un derecho de su Derecho adjetivo, ni por su Derecho sustantivo. Ejemplo de esto se puede dar del favor matrimonial del artículo del Código Civil de 1984 y el mismo artículo *sobre el favor negotii patriae*.

En el Derecho interno tenemos que existe la posibilidad que una persona responde la demanda pero no suscribe el original y sí lo hace con la copia, lo que origina un problema de precesión, un elemento implícito proveniente del Orden Público del Derecho sustantivo y que además es fundante, el derecho de defensa y al otro lado una cuestión adjetiva, que es la contestación de la demanda firmada que es un elemento explícito perteneciente al Orden Público adjetivo. Debe tomarse entonces la raíz fundante y proveniente del interés general por intermedio del Orden Público del Derecho sustantivo.

Debiéndose dar por contestada la demanda –pues ha expresado su voluntad al haber firmado la copia– rechazando cualquier otra eventualidad, la precesión de instituciones así lo indica como también la naturaleza de la cuestión planteada. El tribunal Supremo ha expresado que no puede lesionarse derechos sustanciales por “(...) un mero rigorismo formal”.

Con lo cual estamos ante un sometimiento de las cuestiones adjetivas a las sustantivas puede también suceder que estas últimas se contradigan con las de raigambre fundacional, debiendo estar en situación a la relación jurídica en particular, sin embargo al darse principios de aplicación indiscriminada al efecto debe usarse el proceso unificador instrumental del fallo plenario que convierte en obligatoria una de las soluciones adoptadas.

### **Inexistencia del fraude**

1. Encontramos a Etienne Bartin quien señala que el fraude constituye solo una parte del Orden Público lo cual significa que el mismo no tiene autonomía siendo ejemplificativa el planteamiento de Ricardo Balestra<sup>364</sup> “La

<sup>364</sup> BALESTRA, Ricardo “La confirmación judicial de un criterio erróneo. El supuesto de fraude a la ley en el Derecho”. En: *La Ley*. 1982 C. Pág. 213.

confirmación judicial de un criterio erróneo: El supuesto de fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado”.

2. En segundo término aparece Ricardo Balestra quien señala que no existe formulación alguna al respecto, para ello se debe partir por el presupuesto que existen principios cuya formulación no está legislado allí aparece el principio “(...) *nemo turpitudinem* (...)” que no está legislado pero se admite sin discusión su existencia. Froland es el que trata en su génesis en el siglo XX, por lo que Vélez Sarsfield planteó como institución del Código Civil argentino en materia jurisprudencial el caso “Mandl” dictada por Cámara Civil de la Capital Federal. Balestra señala que la única referencia legal es el artículo 159 del Código Civil concordado con el artículo 2 de la ley de matrimonio.

Lo cual no es claro por cuanto no hay coincidencia con Goldschmidt respecto de la ley 2393 es “un fraude a la expectativa”; al respecto Pardo dice que ella no existe alusión específica al fraude. También se ha expresado que no fraude sino *favor matrimonii* siendo que la ley resulta permisiva, con lo que resulta ajeno al propósito del Derecho Internacional Privado –en este caso se admite la aplicación de otro Derecho, es decir, del supuesto del fin no deseado por el legislador, sino que existe el afán de preservar la unión matrimonial. En lo referente a la sucesión ab intestato está destinado a amparar a la voluntad presunta del difunto en la testamentaria es mucho más palmaria.

Debe señalarse que el “fraude en el Derecho Internacional Privado”<sup>365</sup> es el uso deliberado de los factores de conexión a fin de cambiar la ley que naturalmente debía ser aplicable a la cuestión de que se trate, entrando en el ámbito del Orden Público cuando se trata de aplicar un derecho que no corresponde, de allí que se dice que una cosa es la actuación fraudulenta de un individuo que puede modificar deliberadamente el factor de conexión para defraudar la ley del foro y otra es la importación lisa y llana del Derecho extranjero nocivo que se

---

<sup>365</sup> El fraude a la ley es un elemento que ocasiona muchos disturbios en la aplicación del Derecho porque los recurrentes conociendo el derecho actúa de tal manera que buscan realizar estos criterios sin mayor dilucidación.



produce a través de la norma de conflicto. De lo que se puede columbrar es que la voluntad es un elemento diferenciador entre el Orden Público y fraude a la ley, en el Fraude se cambia la ley aplicable de manera voluntaria, en el Orden Público no se da este presupuesto sino que se impide el cumplimiento del efecto natural de la relación-importación del Derecho extranjero al ser contrario al sentido de la legislación del foro.

En el fraude el juez al advertirlo lo que hace es la desviación de la ley aplicable corrigiéndola a fin de que la relación jurídica establecida tenga un agotamiento normal, es decir, no aplicar la ley que aparentemente corresponda a la relación jurídica dada.

En el segundo supuesto detectado el acto contrario al Orden Público el juez deberá establecer si el Derecho extranjero importado por la norma de conflicto tiene efecto nocivo o no, en buena decide sobre la importación de Derecho extranjero.

### **Existencia del fraude**

GOLDSCHMIDT<sup>366</sup> concluye en la existencia del fraude en materia sucesoria; en materia de contratos está reservado mucho mejor el fraude siendo la base de la prohibición de la referida institución.

-J. P. Niboyet<sup>367</sup> en su “Manual de Derecho Internacional Privado” rescenciona un antecedente jurisprudencial italiano en que un italiano enemistado con su familia italiana y conocedor de su capacidad para heredar de estos y asimismo que el testamento que efectuase iba ser nulo, con el propósito de burlar esa regla se nacionalizo austriaco, el tribunal de Génova considero una naturalización fraudulenta, también menciona el caso que un cónyuge cambia de domicilio y vende todos sus bienes inmuebles y compra todos sus bienes en la nueva región y así lograrse una legislación ventajosa a sus propósitos en este caso no solo se busca cambiar de domicilio sino evitar actuar con reglas

<sup>366</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. “El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado”. En: *La Ley*. Tomo 1981 - C. Págs. 61-67.

<sup>367</sup> NIBOYET. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Cit. Pág. 121.

desfavorables a sus intereses contrarios a la legislación correspondiente. Lo que puede establecer que puede ser extendido a otros ámbitos del derecho al darse un manejo voluntario del factor e conexión y del derecho aplicable distinto al que por su naturaleza tiene la relación jurídica que le corresponde.

b) Es el caso en que la norma de conflicto indica un derecho aplicable y la importación de ese derecho extranjero vulnera el espíritu de la legislación de la República, en el que la naturaleza de las instituciones nos indica que solo hay coincidencia en lo referente a los efectos que generan con el Orden Público y también en lo referente a la Cláusula de interés nacional (*favor negotii patriae*) en cuyo caso pueden darse dos supuestos: 1) la no aplicación directa del derecho de importación o 2) La sustitución por *lex fori* de la importación nociva de derecho extranjero.

## ORDEN PÚBLICO COMO CONJUNTO DE DISPOSICIONES

Es la orientación que permite prácticamente desterrar por completo el derecho extranjero sobre todo mediante conexiones de secuestro que opera siempre a través del Orden Público, con razón se ha comparado esta concepción con la actitud<sup>368</sup> que según la leyenda tomo el profeta Omar cuando ordeno incendiar la biblioteca de Alejandría.

Cuando sus generales le pidieron una explicación de su orden, Omar contesto: "Una de dos: ¡o los libros coinciden con el Coran, entonces sobran; o ellos discrepan del Coran; entonces son nocivos!". La tesis del Orden Público como conjunto de disposiciones pone fuego al derecho extranjero; le basta el derecho propio. El artículo 2 de La ley Matrimonial se inspiran visiblemente en el Orden Público estimado como conjunto de disposiciones, así por ejemplo no se contenta el artículo 2 con invocar el parentesco como impedimento inalienable, sino que lo aduce en su configuración positivista que le da el artículo 9 incs. 1 y 2 Por esta razón deben contarse los grados del parentesco y de la afinidad mencionados en el artículo 9 en virtud del derecho argentino.

<sup>368</sup> En realidad el Orden Público es un concepto tan ampuloso como difuso por cuanto se pronuncia sobre todos los esquemas de desarrollo legal de un sistema jurídico.

**Cap.VI. ORDEN PÚBLICO Y RECIPROCIDAD**

En otros sistemas jurídicos se recoge la reciprocidad en Alemania se le conoce también como retorsión, que son como características negativas de la consecuencia jurídica que según el alcance que un derecho positivo les de serán generales o positivos; constituyen una sola institución, en ambos supuestos un estado suspende la aplicación del derecho extranjero, porque el estado cuyo derecho el país se niega aplicar es contrario a su vez al derecho nacional.

Existe una diferencia que esta cifrada porque la reciprocidad se formula de modo abstracto y por el contrario la retorsión constituye la ejecución concreta de la reciprocidad en el supuesto en el cual Derecho extranjero se haya rehusado a aplicar el Derecho peruano, como en este caso se requiere una constatación en la retorsión casi siempre interviene la autoridad administrativa. El ejemplo de la retorsión es el que aparece legislado en el Derecho Internacional Privado en el artículo 31 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán de 1,900 que expresamente autoriza a la autoridad administrativa a ordenar la suspensión de la aplicación del Derecho de un determinado país como medida de retorsión, aunque se sabe que hasta la fecha la precitada disposición jamás ha sido aplicada. La cláusula de reciprocidad condiciona la aplicación de una norma indirecta de importación por el hecho de que el país extranjero tenía una solución similar pero al no cumplirse esta condición, entra en vigor una norma indirecta de exportación, al respecto debe mencionarse el caso que ofrece la ley yugoslava del 25 de Abril de 1955 que aplica a la sucesión la ley nacional del causante a no ser que el país al cual haya pertenecido aplicarse a la sucesión de un causante yugoslavo su propia ley (en lugar de la ley yugoslava) ( artículo 156) en este supuesto se regula la sucesión del causante extranjero por la ley yugoslava. La sucesión de un argentino que muere con último domicilio en Belgrado, quedaría, pues sometida a la ley yugoslava, por la sencilla razón de que el Perú aplicaría a la sucesión de un yugoslavo muerto con último domicilio en Lima no la ley yugoslava como sería el ideal para Yugoslavia sino la ley peruana. No

debemos confundir con dicha norma indirecta con cláusula de reciprocidad la llamada “norma recíproca” la cual se daría para establecer la reciprocidad en materia de exequátur tal norma recíproca no proyecta ninguna solución determinada del problema, copia servilmente la solución dada por el Derecho extranjero constituyendo una norma incondicional e indeterminada (imprecisa)<sup>369</sup>.

En extremo se debe acotar de otro lado que en el Derecho internacional Privado Argentino desconoce en sentido estricto la retorsión y la reciprocidad. Sin embargo aparece en el artículo 600 de la Ley 20,094/73.

Además existe ambas instituciones en el Derecho de Extranjería. Se plantea en un país un argentino o una persona domiciliada en la argentina no heredare lo que le corresponde en virtud del Derecho aplicable a causa de xenofobia, las víctimas pueden desquitarse del perjuicio sufrido mediante los bienes relictos en la Argentina, normalmente a costa de nacionales del país xenófobo como lo dispone el artículo 3470 del Código Civil. También en Argentina aparece el párrafo tercero del artículo 24 del decreto ley 1285 del 04 Febrero de 1,958 (ley 14,467) añadido por el decreto ley 9015 del 09 de Octubre de 1963 (“B.O.” del 24 09-1963 “Adla” XXII-C p. 1895) y que contiene la llamada “cláusula fronda”. Se autoriza en la citada disposición el Poder Ejecutivo a establecer con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad, en cuyo caso este último queda sometido, aun contra su voluntad, a la jurisdicción argentina. Por último merece mención un supuesto de reciprocidad en el Derecho de extranjería de las sociedades comerciales.

En efecto, la ley 8867 de 1912 concatenada con el artículo 287 del Código de Comercio Argentino exime a las sociedades anónimas extranjeras de la autorización del Poder Ejecutivo argentino para establecer en Argentina una sucursal, con tal que su país de origen admita la reciprocidad. La ley 8867 ha sido derogada por la ley 19550.

---

<sup>369</sup> Los sistemas jurídicos han preferido optar lo que se conoce en doctrina como la cláusula de reserva en cuanto se refiere a la actuación del Derecho en sí.

La reciprocidad es una institución de Derecho internacional Público que en las relaciones entre Estados determina que uno concede si el otro otorga reciprocidad. En Derecho Internacional Privado<sup>370</sup> se concede a los particulares el Derecho a que se aplique la ley que mas estrechos vínculos tenga con el caso sin importar las relaciones entre los estados, esto debido a que el Derecho de un particular a que se aplique un Derecho extranjero existe aunque entre los estados no existan relaciones diplomáticas. Lo contrario es remontarse a la época de la comitas Gentium.

## **VI 1. ORDEN PÚBLICO Y LA DOCTRINA DE INTERÉS NACIONAL**

El principio de imperatividad de derecho de personas tiene como correctivo en algunas legislaciones la doctrina del interés nacional.

La doctrina del interés nacional –llamado por algunos autores “Orden Público ad minimus”– se da en el marco a la normal aplicación de la regla de conflicto reguladora de la capacidad que se colige a través de otra regla de conflicto determinándose en una excepción tendiente a otorgar validez a aquellos actos negociables en los que una de las partes aparece incapaz de acuerdo a ley personal sin embargo capaz de acuerdo al ordenamiento jurídico del contratante. Se halla dirigida específicamente a la capacidad para celebrar contratos o también por la capacidad para emitir una declaración cambiaria.

Se puede establecer un carácter general, toda vez que la legislación material cambia, y su elemento natural de actuación parte del Derecho obligacional.

Se ha señalado que la doctrina del interés nacional seria una modalidad de la llamada “excepción de Orden Público” sin embargo limitada en sus alcances Bartin lo sitúa en el ámbito del “Orden Público internacional” al respecto también es concurrente la doctrina alemana Lewald, Neuhaus, Mohr entre otros.

---

<sup>370</sup> En el Derecho lo que existe en realidad es un tratamiento de carácter receptivo a la norma extranjera.

Sin embargo a pesar de todo aparece lo dicho por el jurista español Alfonso J. Calvo Caravaca “La técnica Normativa de la doctrina de interés nacional” REDI<sup>371</sup> cuando señala “ni la consideración de la doctrina del interés nacional como una regla de conflicto con los puntos de de Conexión subsidiarios ni la caracterización de la misma como una ley de policía del mercado local atentan contra su carácter de institución autónoma” Se puede establecer una asimilación entre las dos instituciones entre los juristas que son partidarios de este asimilación la doctrina del interés nacional sería una cláusula de reserva especial para determinar el Standard mínimo de nivel de capacidad que se le determina al extranjero que contratase en el estado nacional y que lo colocaría en la materia concreta en pie de igualdad con los nacionales. Su calidad de Cláusula de Reserva se establecería por ser dada por el uso de una conexión subsidiaria y la especialidad por su referencia a una regla de conflicto más general, presentadote como una excepción.

Ruchelli<sup>372</sup> señala al respecto de la doctrina del interés Nacional “que cabe señalarse que debe añadirse al Orden Público general una excepción de la excepción que es la doctrina del Interés Nacional”.

Se puede afirma que la doctrina del interés nacional tiene similitud con el Orden Público en que tienen un resultado igual en el sentido que no permite la aplicación de la ley extranjera señalada por la norma de conflicto y que ha sido declarada aplicable al caso.

Asimismo tienen la naturaleza de excepción a la aplicación de la ley extranjera y el Juez solo la aplica en determinadas ocasiones.

La doctrina del interés Nacional se basa en la protección de la buena fe comercial y interviene como dispositivo de seguridad para el tráfico jurídico extranjero y el propio siendo que en los casos en que el orden jurídico propio sea transgredido por el Derecho extranjero, aparece oficiando como válvula de de seguridad oponiéndose a su aplicación.

---

<sup>371</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso J. “La Técnica normativa de la doctrina de interés nacional”. R.E.D.I. Vol XXXIV 1975/ Ed. 1979. Pág. 126.

<sup>372</sup> RUCHELLI. “Orden Público”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 13.

El Orden Público es aplicable cuando se presenta una falta de equivalencia mínimo de equivalencia de legislaciones, lo que obliga una investigación respecto de cuales son los principios fundamentales de la ley nacional comparando esta y el ordenamiento extranjero surgiendo algo más que una mera discrepancia, surgiendo una verdadera incompatibilidad Niboyet Jean Paul<sup>373</sup>.

Lo planteado se establece mejor en el artículo 2283 del Proyecto Francés de Derecho Internacional Privado que prescribía "que el Juez únicamente podía negarse a la aplicación del Derecho extranjero cuando este fuese manifiestamente incompatible con el Orden Público francés".

La doctrina del interés nacional tiene un contenido determinado en cambio el Orden Público es contenido indeterminado. El Juez en el caso del Orden Público tiene la facultad discrecional es decir efectúa una actividad de valoración personal, en el caso de la doctrina de interés nacional el Juez simplemente compara las leyes en conflicto, la personal y la que resulta menos restrictiva respecto a la capacidad con el objeto de favorecer la validez del negocio jurídico. Además el momento de la valoración de la doctrina de interés nacional es *priori* y en el Orden Público se efectúa *a posteriori*.

Franceskakis<sup>374</sup> señala que en la excepción de Orden Público funciona la llamada teoría de los efectos atenuados mientras que en la doctrina del interés nacional no funciona.

El Juez debe hacer aplicación actual del Orden Público al caso concreto, la valoración de su contenido en el momento de tener que aplicar la ley extranjera ten cambio en la aplicación de la Doctrina del interés nacional el Juez realiza la valoración de la ley más favorable a la validez del acto en el momento de la conclusión del contrato o de la emisión cambiaria.

---

<sup>373</sup> NIBOYET, Jean Paul. "Tratado de Derecho Internacional Privado Frances". Tomo III. Págs. 495-504.

<sup>374</sup> FRANCESKAKIS. "Orden Público Internacional". Págs. 502-504.

El sistema normativo todo podrá dirigirse al efecto interno o internacional del plexo legal pero el sustento mismo del efecto internacional se encuentra en esa formula general de defensa, que lleva incluida en si, en forma indeterminada, la sustancia del interés general.

No se aplica el Derecho extranjero cuando sea contraria “al espíritu de la legislación”.

La reciprocidad forma parte de una clase determinada de norma indirecta. En esta orientación encontramos aquella prescribe el artículo 952 de la derogada L.E. C. que establece “que las sentencias extranjeras no gozan de exequatur en España si no conceden el exequatur a las sentencias españolas en el país del que proceden”.

El artículo 25 de la Ley de introducción al C.C. alemán declara “se aplica a las sucesiones la ley nacional del “de cujus”, a no ser que no se aplicara en su nación a los causantes alemanes la ley alemana”.

El artículo 33 de la Ley Suiza del 25 de junio de 1891 establece “La tutela constituye en suiza para un extranjero doit etre remise a l'autorite competente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, a condition que el estado extranjero acuerde la reciprocidad”.

La ley italiana de 20 de agosto de 1923 en su artículo 8 sobre navegación aérea prescribe “Los actos jurídicos realizados a bordo de aeronaves extranjeras que viajen a Italia, se rigen por la ley nacional de la aeronave, a condición del tratamiento de reciprocidad de parte del estado al que la aeronave pertenece”.

Sin embargo hay que hacer notar que Niboyet, Trias Giro, Lucas, Pérez Gonzáles y José Alguer reconocen a la reciprocidad como característica negativa general en materia de Derecho internacional Procesal.



En igual sentido encontramos el “restatement” regla 6 “Las reglas conflictuales de un estado, no son alteradas por esmero hecho de la actitud que toma un estado respecto a derechos y otros intereses jurídicos creados por el primero”

La reciprocidad esta dirigida en caso de duda, a la reglamentación que el país extranjero realmente otorga a la situación litigiosa, siendo esta la opinión de Niboyet, constituyendo de esta manera una nueva demostración de la naturaleza conductista del Derecho.

L.E. C. española en su artículo 953 refiere a la reciprocidad de hecho en su forma de reciprocidad de hecho en su forma de reciprocidad jurisprudencial, siendo que para los extranjeros lo más importante es la conducta de la práctica.

La reciprocidad no se da en las normas de importación españolas. Existe en el Derecho de extranjería español y el mismo incide por intermedio del Orden Público sobre el Derecho internacional Privado.

## **VI.2. ORDEN PÚBLICO Y EL FRAUDE A LA LEY**

De otro lado se debe mencionar que el Fraude a la ley es también un remedio excepcional al igual que el Orden Público siendo a su vez un impedimento para la aplicación del Derecho extranjero.

Se establece que el fraude a la ley es un manejo voluntario de las normas de conflicto con el propósito de no aplicar la ley del Foro que normalmente debe ser la que corresponde a la relación jurídica de que se trate.

BARTIN<sup>375</sup> trata de asimilar las dos instituciones, es decir, el Orden Público con el Fraude a ley, llegando a considerar que el primero es solo un caso incluido.

A pesar de lo dicho anteriormente se debe señalar que existe una grave diferencia en lo conceptual y en lo operativo, sin embargo, se equiparan en lo referente al resultado final.

---

<sup>375</sup> BARTIN, Etienne t. “Estudios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 245.

Si bien el Orden Público se da en contraposición con el orden jurídico que tutela en el caso del fraude a ley la ley, extranjera no quebranta de ninguna forma el Orden Público de otro país, pero debido al manejo voluntario de los factores de conexión se aplica una ley que regularmente no debía haberse aplicado, evitando a la *lex fori* correspondiente. Siendo que el factor de conexión se ha convertido en un negocio jurídico.

### VI 3. ORDEN PÚBLICO Y LA ARBITRARIEDAD DE LA SENTENCIA EXTRANJERA

Se establece la arbitrariedad<sup>376</sup> la fáctica, la normativa y la General.

**Arbitrariedad Fáctica.-** Señala una conclusión del fallo extranjero sobre el domicilio de una parte significar una cuestión de jurisdicción. Implicando que en caso que tal conclusión sea arbitraria el asunto podría convertirse en cuestión acerca de la jurisdicción del tribunal sentenciante. No es posible una revisión ordinaria de las conclusiones fácticas del fallo. Pero si la sentencia contiene una afirmación o negación arbitraria sobre el punto de hecho decisivo para la causa, la sentencia viola el debido proceso en sentido substancial. Resulta bastante grave el hecho que las partes puedan ofrecer y producir pruebas si estas luego serán manipuladas arbitrariamente en el fallo. No será posible una completa visión del fondo del fallo pero sí una revisión de la razonabilidad.

**Arbitrariedad Normativa.-** Es el caso cuando la sentencia extranjera contiene una arbitraria elección del Derecho aplicable. Se plantea que la elección arbitraria de un Derecho aplicado en la sentencia puede causar indefensión a quien jamás racionalmente pudo prever que sería juzgado por el Derecho aplicado. Esta arbitrariedad produce indefensión; es desconocida; es verdad que afecta la idea de justicia. Vease nuestros desarrollos sobre nulidad incierta de un matrimonio celebrado en el extranjero. En el caso que la arbitrariedad no

---

<sup>376</sup> Mencionar la arbitrariedad es como efectuar un adecuado estudio de todos y cada uno de los elementos que conforman el Orden Público interna zonal y cuales son los elementos de desarrollo de la propia institución.

se encuentra en el Derecho material sino en la arbitraria elección del Derecho del país del foro.

**Arbitrariedad General.-** En ocasiones todo un sistema de administración de justicia puede fallar. Algunos conflictos puede servir para encontrar una explicación contraria a los criterios sobre la aplicación de la sentencia extranjera que plantea una denegación de recurso extraordinario se deniega por considerar de diversas apreciaciones críticas y sugerencias.

#### **VI-4. La excepción del Orden Público en la legislación peruana del Derecho Internacional Privado**

Históricamente aun cuando muchos autores de otras partes de Latinoamérica niegan o soslayan la existencia de un primer hito en la materia de Derecho conflictual que ocurrió en nuestro país el Perú, sin embargo la historia no puede dejar de mencionar que es en el Perú donde se da, el primer instrumento de integración del Derecho Internacional Privado, en esta parte del mundo.

Es pues el 09 de noviembre de 1878 que en la ciudad de Lima se da el tratado sobre Derecho Internacional Privado, con participación de delegados juristas de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. En el Título Octavo sobre disposiciones comunes a los títulos precedentes precisa el artículo 54º: “Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en el país extranjero, solo se observarán en la República, en cuanto no sean incompatibles con su Constitución Política, con las leyes de Orden Público o con las buenas costumbres”.

Luego el Tratado de Montevideo de 1889. En cuyo Protocolo adicional a los tratados de Derecho Internacional Privado, cuyo artículo 4 prescribe “Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de Orden Público o las buenas costumbres del lugar del proceso”.

Después cronológicamente aparece el Código de Derecho Internacional Privado de 1928,<sup>377</sup> conocido como Código Bustamante o Tratado de La Habana –suscrito y ratificado por quince países americanos en los que no se cuenta a Estados Unidos de América– el artículo 3 prescribe:

“Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las 3 clases siguientes:

- I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y la siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de Orden Público interno;
- II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de Orden Público internacional.
- III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de Orden Público.

También se encuentra la Convención Internacional sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado más conocido como CIDIP II de Montevideo Uruguay 1979 que su artículo 5 describe la excepción del Orden Público así:

“La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado. Podrá ser aplicado o aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su Orden Público”.

El Código Civil de 1852 en el Título Preliminar el Orden Público aparece en el artículo VII y solo referido al Derecho local, así como a las buenas costumbres.

El primer maestro de Derecho Internacional Privado en el Perú don Carlos García Castañeta señala que la jurisprudencia de los tribunales en los distintos países usan y abusan de este concepto. Resultando ser además un recurso para aplicar en un buen número de casos su propia ley el Estado, dejando de

---

<sup>377</sup> En América Latina mucho influyó el jurista italiano Mancini.

lado la regla de Derecho Internacional que impondría la aplicación de la ley extranjera.

En el Código Civil de 1936 aparece el Orden Público en el artículo III del Título Preliminar; Precepto que como columbrarse es para el Derecho interno.

Sin embargo en el artículo X del mismo título Preliminar del Código indicado se da la regla aplicable por el Derecho Internacional X al prescribir. “Las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarias al Orden Público y a las buenas costumbres”.

LEÓN BARANDIARÁN<sup>378</sup> acota “que no basta meramente la circunstancia de que la decisión instalada en la ley extranjera competente no coincida con la decisión, en el mismo supuesto de hecho contenida en la ley local peruana para que no se aplique tal ley extranjera en base al artículo X, sino que además es necesario que la decisión de tal ley extranjera se halle en oposición con un imperativo de Orden Público y de ahí la indicación en tal sentido del antes citado artículo X.

Y amplía señalando que “Cuando la ley extranjera en su aplicación compromete el Orden Público, debe prescindirse de ella, por tratarse de una cláusula de reserva irrenunciable que corresponde a cada país, frente a la comunidad internacional y al reconocimiento de la extraterritorialidad legislativa. Es una legítima defensa de principios ineludables, porque comprometen los intereses fundamentales de un Estado”.

El maestro peruano de mayor trascendencia en el Derecho Internacional Privado en el Perú don Manuel García Calderón dice “acertadamente nuestro legislador ha prescindido de definir lo que debe entenderse por Orden Público o buenas costumbres, dejando librado al criterio del juzgador los alcances de ambas normas”. Con lo que se puede que el juzgador deberá ser quien examine el contenido de las disposiciones legales vigentes, en lo referente de

---

<sup>378</sup> LEÓN BARANDIARÁN. “Orden Público Internacional”. Págs. 73-74.

las costumbres deberá ser con arreglo a una apreciación de carácter objetivo, pues la conceptualización de las mismas es más bien práctica. Y es que el Juez nacional no podrá permitir el ingreso de una ley extranjera que pudiera admitir una disposición de carácter fundamental, independiente sea Derecho público o Derecho privado.

Al iniciar el análisis de nuestro Código Civil de 1984.

Debe señalarse el primer proyecto del título Preliminar artículo XIV prescribía:

“Las disposiciones del Derecho extranjero competente solo serán excluidas cuando su aplicación produzca, resultados incompatibles con el Orden Público o con las buenas costumbres”.

Jorge Vega García<sup>379</sup> Al hacer la exposición de motivos de este artículo expresa, que el mismo reproduce, modificando su redacción el artículo X del Título Preliminar del C.C. de 1936 pues el Derecho extranjero no debe aplicarse cuando se da en contradicción con las concepciones morales, sociales, religiosas o políticas que forman parte de la conciencia jurídica del Perú. Es decir para este autor el artículo XIV, es la aplicación a nivel de Derecho interno extranjero el principio que aparece en el artículo VII del proyecto. En el ámbito del Derecho interno la libertad contractual no puede vulnerar las leyes de Orden Público y las buenas costumbres. En Derecho Internacional Privado cuando la ley escogida por las partes o que sea aplicable a la relación jurídica por el texto expreso de la norma de conflicto peruana se debe excluir cuando el Juez decide que la misma es contraria al Orden Público o a las buenas costumbres.

Luego tenemos el proyecto sustitutorio del Título Preliminar cuyo artículo 14 establece “las disposiciones de la ley extranjera señalada por las normas peruanas de conflicto solo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados incompatibles con el Orden Público o con las buenas costumbres. Son aplicables en este caso, las reglas del Derecho interno peruano”.

---

<sup>379</sup> VEGA GARCÍA, Jorge. “Derecho Internacional Privado”. PágS. 73-74.

REVOREDO MARSANO DE MUR<sup>380</sup> señala que “la ley extranjera no deberá contrariar con su aplicación los principios fundamentales de Orden Público y buenas costumbres del lugar del proceso, acota también que el Orden Público se halla en normas jurídicas, su naturaleza es básicamente político-social, según la situación de cada Estado, abonando a la inseguridad del comercio internacional y a la inestabilidad de las relaciones jurídicas internacionales”.

Siguiendo con la misma autora señala que se ha considerado pertinente incorporar al artículo XIV una disposición complementaria que consiste en señalar dentro del texto normativo, cuáles deben ser las disposiciones supletorias aplicables a fin de resolver la cuestión cuando las leyes extranjeras –según la norma conflictual– contradigan el Orden Público o las buenas costumbres internas.

En tal sentido y tomando como fuente del artículo 22 del Código portugués la propuesta sustitutoria dispone que deba aplicarse el Derecho material peruano. Es allí que al Código Civil vigente se incorporó en su texto el artículo 2006 del Proyecto de la Comisión Reformadora quedando redactado el actual artículo 2049 que dice:

“las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el Orden Público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del Derecho interno peruano”.

Que aparece contradicho por el artículo 6 la ley de Aplicación del Código Civil Alemán de 1,986 que prescribe:

“No se aplicará una norma jurídica de otro Estado cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán. Especialmente no procederá dicha

---

<sup>380</sup> REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia. “Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil”. Pág. 160-161.

aplicación cuando esta fuere incompatible con los derechos fundamentales".

Para afrontar este tópico debemos señalar que a nivel de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado debemos ubicar el primer atisbo en el artículo 2049 del código Civil "que excluye a la ley extranjera cuando sean contrarias al Orden Público internacional o a las buenas costumbres. Ejemplo, atenta parcialmente contra el Orden Público internacional que establece la libre disponibilidad de la sucesión.

Respecto a los "derechos adquiridos" al amparo del ordenamiento jurídico extranjero aparece el artículo 2050 del Código Civil que señala que estos no serán eficaces en el Perú cuando no sean compatibles con el Orden Público internacional y con la buenas costumbres, en este caso debe señalarse el caso en que un ciudadano determinado hubiera adquirido un derecho hereditario al amparo del *Common law*.

En tal sentido debemos abordar el artículo XV del Primer Proyecto de la Comisión.

En nuestra legislación la excepción al Orden Público se encuentra plasmado en el artículo 2050 del Código Civil, que reza: "Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas de Derecho Internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el Orden Público internacional y con las buenas costumbres".

El artículo, materia de comentario, tiene su origen en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, mayo de 1979, consistente en exigir que la situación jurídica nacida al amparo de un ordenamiento extranjero, haya sido creada de acuerdo a todas las leyes con las cuales tenía una vinculación al momento de su creación<sup>381</sup>.

---

<sup>381</sup> El sistema jurídico nacional siempre a tratado de ser un correlato de la doctrina privatista del Derecho Internacional Privado.



El legislador del 36 no contenía un precepto de Derecho Internacional Privado sobre los derechos subjetivos válidamente adquiridos al amparo de legislaciones extranjeras.

Es con el Código Civil de 1984, y con el artículo 2050 que se reconoce eficacia en el territorio peruano de los derechos creados lícita y regularmente, conforme a un orden jurídico extranjero; y es que el Derecho Internacional Privado interviene para reconocer estos derechos subjetivos aún cuando no haya intervenido en su creación, por haberse tratado inicialmente de una relación jurídica exclusivamente nacional.

Este precepto exige que el Derecho subjetivo haya nacido “regularmente” al amparo de una ley competente según las normas de conflicto peruanas, solo este tipo de derechos subjetivos merecen reconocimiento internacional; para saber si se trata de un Derecho regular debe considerarse que se adecúe a una ley cualquiera, y que si la ley a la cual se adecua es la que corresponde a la relación jurídica o Derecho subjetivo discutido.

Implica, como vemos, resolver un conflicto de leyes exactamente como si el Derecho subjetivo, en lugar de estar creado con anterioridad, fuera a crearse en el momento mismo del análisis y los conflictos de leyes, en lo que al Perú respecta, se resuelven de acuerdo a las normas conflictuales peruanas de Derecho Internacional Privado<sup>382</sup>.

Es menester señalar que en este artículo debería de haber una aclaración, por cuanto el artículo 2050 del c.c., se refiere a exceptuar el reconocimiento de los “efectos”, situaciones jurídicas ya creadas, o derechos adquiridos cuando estos vulneren los principios fundamentales ya señalados. En esta situación, la excepción del Orden Público y de las buenas costumbres no opera contra la aplicación de una ley extranjera en el territorio del juez, sino contra uno de sus

---

<sup>382</sup> El Derecho Internacional Privado, siempre ha buscado averiguar cual es el sentido del Orden Público bajo los principios del positivismo jurídico.

efectos, por lo que interesa averiguar si ese Derecho subjetivo, y no la ley en que se ampara, contradice el Orden Público internacional.

Otra excepción del Orden Público se encuentra prevista en el artículo 2060 del mismo cuerpo de leyes, que dice “La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al Orden Público del Perú”.

Esta norma no tiene un antecedente, es decir, anterior al Código de 1984, no se normaban expresamente los supuestos de jurisdicción extranjera, ni de jurisdicción nacional negativa. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial, se entendía que procedía la sumisión a cortes extranjeras cuando se trataba de asuntos de jurisdicción peruana facultativa, en congruencia con el principio plasmado en el artículo XIX, inc. 3) del T.P del c.c., de 1936 que otorgaba jurisdicción al foro peruano.

En el c.c. vigente recoge la práctica jurisprudencial y se regula expresamente el sometimiento voluntario a los tribunales extranjeros, así como las condiciones para su validez.

Se justifica la prórroga de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado por las siguientes causales<sup>383</sup>:

1. Elimina la incertidumbre sobre la Corte que ventilará la controversia internacional.
2. Elimina el *fórum shopping*
3. Elimina los problemas de litispendencia y los conflictos de sentencias contradictorias.
4. Posibilita la unificación del juez con jurisdicción internacional y el derecho aplicable elegido por las partes (identidad entre *lex fori* y *lex causae*)

---

<sup>383</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. “Exposición de Motivos del Código Civil de 1984”.

5. Previene conflictos de leyes de jurisdicción internacional por la elección de las partes.
6. Posibilita la elección de un tribunal neutral
7. Posibilita la elección de un tribunal de jurisdicción internacional efectiva
8. Previsto por las partes (foro del patrimonio acordado)
9. Posibilita la uniformidad concreta de soluciones para controversias totalmente multinacionales
10. Posibilita la elección más equitativa.

Este artículo en sí se refiere a la elección de un tribunal extranjero y a la prórroga de jurisdicción a su favor, para conocer de los juicios originados por acciones de contenido patrimonial, y dispone que dicha elección o prórroga será reconocida en el Perú siempre que no verse sobre los asuntos de competencia peruana exclusiva, ni constituya abuso de derecho, ni sea contraria al Orden Público.

Va a proceder la invocación a este artículo, por las siguientes atingencias:

1. No va a ser reconocida cuando la materia de la sentencia implique competencia exclusiva del juez peruano. Ej. El destino final de un predio.
2. Viene una sentencia del juez extranjero para que reconozca y ejecute aquí, pero si en esta se permite “abuso de derecho”, nosotros no vamos a reconocer y menos ejecutar esta sentencia.
3. Viene una sentencia de juez extranjero, pero no cuando contradiga el Orden Público internacional peruano.

En el Código Civil Peruano<sup>384</sup> aparece en el artículo 2049 que textualmente dice “Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el Orden Público Internacional o con las buenas costumbres. Rigen en este caso las normas del Derecho peruano”.

---

<sup>384</sup> El Derecho Internacional Privado es pues un elemento de análisis poco conocido en lo referente al Derecho en general.

También aparece establecido en el artículo 2050 del C.C. peruano cuando se manifiesta como barrera de contención del Derecho extranjero que no puede ser acogido por el ordenamiento del foro en virtud de la oportunidad en que debe ofrecerse enfrentar esos desalientos de la legislación extranjera como forma de cumplir con las normas del Derecho extranjero.

## **VI.5. EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

A nivel de convenios bilaterales también se pronuncia sobre el Orden Público el Tratado Hispano-Suizo de fecha 19 de noviembre de 1896 en su artículo VI-3 prescribe que una decisión puede ser rechazada “Si las reglas de Derecho público del país adonde se pide la ejecución se oponen a que la decisión de la jurisdicción extranjera reciba en él su cumplimiento”.

El Tratado Franco-Belga del 8 de julio de 1899 cuyo artículo 11, 1 señala “que la decisión no contenga nada contrario al Orden Público”.

En el no vigente tratado Hispano-Checo del 26 de noviembre de 1927 en su artículo 2°2 señala “que el reconocimiento de la decisión no sea contraria al Orden Público o a los principios del Derecho público del Estado en el cual la decisión es invocada”.

El Tratado Hispano –Francés del 28 de mayo de 1969 y el Tratado Hispano-Italiano del 22 de mayo de 1973 se prescribe la fórmula “cuando la decisión sea contrario al Orden Público del Estado requerido” artículos 4°.2 y 14.2 respectivamente.

También en materia de doble nacionalidad con Chile 1958; Perú, 1959; Paraguay 1959; Nicaragua, 1961; Guatemala, de nacionalidad, 1961 Bolivia, 1962; Ecuador 1964; Costa Rica, 1964; Honduras, 1967; República Dominicana, 1968 aparece una cláusula del mismo tipo de redacción que es El ejercicio de los derechos civiles y políticos regulados por la ley del país del

domicilio no podrá surtir efectos en el país de origen si ello lleva aparejada la violación de sus normas de Orden Público”.

El 12 de junio de 1902 el Convenio de La Haya<sup>385</sup>, estableció para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio en su artículo 2 dice “La ley del lugar de celebración puede prohibir el matrimonio de los extranjeros que fuese contrario a sus disposiciones concernientes 1.- A los grados de parentesco o de afinidad para los cuales hay una prohibición absoluta. 2.- A la prohibición absoluta de casarse, dictada contra los culpables de adulterio en razón del cual el matrimonio de uno de ellos ha sido disuelto 3.- A la prohibición absoluta de casarse dictada contra personas condenadas por haber atentado de concierto contra la vida del cónyuge de una de ellas” en otro extremo se hace imperar la concepción del foro sobre el Orden Público frente a cualquier otra es el caso del artículo 3 que señala “La ley del lugar de celebración puede permitir el matrimonio de los extranjeros no obstante las prohibiciones de la ley indicada en el artículo 1° (que es la nacional de cada contrayente) cuando estas prohibiciones están exclusivamente fundadas en motivos de orden religioso.

Los demás Estados tienen el derecho de no reconocer como válido el matrimonio celebrado en estas circunstancias” lo que respecto a las leyes en materia de matrimonio planteo reducir la aplicación del Orden Público Internacional a los casos de naturaleza religiosa, lo que significó que varios Estados no la ratificaran, comprendiéndose que incluso hoy se ha asumido por decantamiento la cláusula general para el Orden Público.

La convención de 15 de junio de 1955<sup>386</sup> (Conflictos de leyes entre ley nacional y domiciliar).

La convención de 15 de abril de 1958 (ley aplicable a la transferencia de propiedad en ventas internacionales de objetos muebles corporales).

---

<sup>385</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Alegría. “Convención de La Haya 1956-1970”. Editorial Civitas. Madrid. Pág. 176.

<sup>386</sup> Ibíd. Pág. 186.

La convención de 15 de junio de 1959 (ley aplicable a dichas ventas) los artículos 8° 7° 6° es la siguiente “En cada uno de los Estados contratantes, la ley determinada por la presente Convención puede ser rechazada por un motivo de Orden Público” La convención de 05 de octubre de 1961 (Competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores) el artículo 16 prescribe: “Las disposiciones de la presente convención solo podrán dejar de ser aplicadas si ello es manifiestamente incompatible con el Orden Público” <sup>387</sup>.

En la Convención de la misma fecha (Sobre conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias) su artículo 7 señala “La aplicación de una de las leyes declaradas competentes por la presente Convención no puede ser rechazada mas que si ella es manifiestamente incompatible con el Orden Público”.

Aparece el ejemplo de un nuevo Estado civil puede ser declarado irreconocible en tal sentido es la Convención del 01 de junio de 1970 (sobre reconocimiento de divorcio y separación de cuerpos) cuyo artículo 10 dice así “Todo Estado contratante puede rechazar el reconocimiento de un divorcio o de una separación de cuerpos cuando sea manifiestamente incompatible con su Orden Público”.

Se puede columbrar que la manifiesta incompatibilidad es la guía en convenciones recientes:

La convención XXV (ley aplicable al régimen del matrimonio artículo 14).

La convención XXVI (Celebración y reconocimiento de validez del matrimonio, artículo 14).

La convención XXVII (ley aplicable a contratos de intermediarios y a la representación artículo 17).

---

<sup>387</sup> Se demuestre que incluso en el Derecho de internacional se respeta el Orden Público como elemento de armonía y tráfico jurídico internacional.

La convención XXX (ley aplicable al *Trust* y a su reconocimiento artículo 18).

La convención XXXI (ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías artículo 18).

La convención XXXII (ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte artículo 18).

El convenio sobre conflicto de leyes y de Jurisdicciones en materia de sucesión y de testamentos, que fue preparado por la VI Conferencia de La Haya que dispuso en su artículo 3 así “Cuando la aplicación de una norma de la ley nacional del difunto sea manifiestamente incompatible con los principios de Orden Público reconocidos en uno de los Estados contratantes, podrá ser excluida e incluso excepcionalmente reemplazada por la aplicación de la ley territorial”.

En el Convenio VII en el denominado artículo 6 “Proyecto de Convenio para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio”. Y en el Convenio VIII en su artículo 7 denominado “I Proyecto de Convenio sobre la venta internacional de las cosas muebles” y el proyecto referente a la obligación de alimentos para los hijos artículo 4.

En el Código de Bustamante luego hacer una división de las leyes de cada Estado contratante, a efectos del ejercicio de derechos civiles y al goce de garantías individuales idénticas, una de cuyas categorías está formada por artículo 3°.2 “las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominas territoriales”.

El artículo 4 establece “Los preceptos constitucionales son de Orden Público internacional.

El artículo 5 señala “todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el derecho político y el administrativo, son también de Orden

Público internacional, salvo el caso que expresamente se disponga en ellas lo contrario”.

El artículo 8 nos dice “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este código tienen plena eficacia extraterritorial en los estados o contratantes, salvo que se opusiera a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de Orden Público internacional”.

En el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo del 13 de febrero de 1889 se mencionan el Orden Público en sus protocolos adicionales (artículo 4 en ambos). Se declara que “las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicados contra las instituciones políticas, las leyes de Orden Público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Esto se repite en el Protocolo Adicional de 1940.

El artículo 11 del Tratado de 1889 y el artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 establecen en materia de reconocimiento de matrimonio realizado en otro Estado, que los mismos no serán reconocidos cuando se encuentre afectados por falta de cierta edad mínima, parentesco, afinidad, conyugicidio, ligamen.

Es lo mismo el artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 15 del Tratado Derecho Civil Internacional de 1940, que prescribe lo mismo para la disolución del matrimonio.

El Convenio de Ginebra del 26 de setiembre de 1927 relativo a la ejecución de laudos arbitrales condiciona esto artículo 1º-e- a: “Que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al Orden Público o a los principios del Derecho público en el país en que se invoque”.

De igual modo se procede en los Tratados de Derecho Procesal Civil Internacional de 1889 artículos 5, 8 y 9 y el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, lo hacen con respecto a al reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales actos de jurisdicción voluntaria y exhortos.



El convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 al “Orden Público de ese país” se señala en el artículo V-b.

Si establecido el Orden Público en tratados sería imaginable alegar que si un país ratifica un convenio que le obliga en ciertos casos a aplicar el derecho de otros países, no es razonable luego permitirle que repudie la aplicación de este derecho por estimarlo escandaloso.

Cada país está obligado a aplicar el Derecho de las demás partes contratantes no solo en el caso de la fecha de ratificación sino en cualquier momento futuro. Asimismo las condiciones jurídicas del país que aducen el Orden Público pueden haber cambiado desde el momento de la ratificación hasta aquel en el cual sus autoridades deben aplicar el derecho de otro de los países ratificantes. Solo el Orden Público protege el país contra sorpresas desagradables.

El convenio de Bruselas de 27 de setiembre de 1968 –modificado por Convenio del 9 de octubre de 1978– entre los estados miembros de la Comunidad Europea, sobre Competencia Judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial el artículo 27 señala “Las decisiones no serán reconocidas: 1.- Si el reconocimiento es contrario al Orden Público del Estado requerido”.

El inciso 3 prevé el obstáculo constituido por una decisión inconciliable dada entre las mismas partes en el Estado requerido.

El ya referido convenio de Bruselas en la materia de reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales en su Capítulo III “Orden Público. Artículo 9° En cada Estado contratante la aplicación del presente convenio no puede ser exceptuada más que cuando la sociedad o persona moral que la invoca contraviene por su objeto, por su fin o por la actividad efectivamente ejercida, principios o reglas que dicho Estado considera de Orden Público en el sentido del Derecho Internacional Privado<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Autores Varios. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Tecnos. Pág. 166.

Si de acuerdo a una ley se ha constituido una sociedad en la cual se admite su existencia jurídica con un solo socio, por esta sola razón no deberá ser considerada contraria a su Orden Público en el sentido del Derecho Internacional Privado.

Artículo 10.- No pueden ser considerados de Orden Público en el sentido del artículo 9, principios o reglas contrarias a las disposiciones del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea”.

El Séptimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, que tuvo lugar en Buenos Aires en 1969 señala en un acuerdo “considerando que la noción de Orden Público implica la previa identificación de la ley extranjera llamada a regir un caso concreto y excluye su aplicación si tal ley contradice los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, el VII Congreso del Instituto Hispano-Luso-americano de Derecho Internacional declara como principio de base que un Derecho extranjero declarado aplicable deja de serlo si la solución del caso concreto pudiera infringir los principios fundamentales que rigen la solución en el ordenamiento jurídico nacional”.

Los convenios suscritos en los dos Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado Organizadas por la OEA celebrada en 1975 en Panamá denominada Convenio Interamericano de Panamá que se suscribió el 30 de enero de 1975 sobre arbitraje dice que “el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al Orden Público del mismo Estado”; y la otra celebrada en 1979 en Montevideo exigen en este orden de ideas, para que la excepción del Orden Público internacional sea alegable, que la violación del derecho nacional propio sea “manifiesta”.

El artículo 5 de la citada Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 determina que la “ley declarada aplicable por una convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su Orden Público”.

## **VI.6. ALUSIÓN AL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LEYES POLÍTICAS Y DE DERECHO PÚBLICO**

Se señala que resulta imposible la aplicación del Derecho Público extranjero en la doctrina clásica pues se había sostenido que eran inaplicables y se incluían en ellas a las normas (constitucionales, administrativas, políticas, penales, fiscales) desde los estatutarios italianos ya discutían la inclusión de las leyes penales y que luego muy autorizados juristas reprodujeron el problema en el marco del siglo XIX Se ha excluido el Derecho público de las leyes políticas extranjeras partiendo de aristas distintas:

Por el Objeto: que reclama posteriores concreciones.

No es lo mismo considerar el Derecho Internacional privado como un derecho público que resuelve conflictos de soberanía que estimarlo cumpliendo la función de obtener la reglamentación conveniente y justa de un supuesto de tráfico jurídico externo.

Para quienes han pensado que el Derecho Internacional Privado era para resolver conflictos de soberanía siendo que combinaban la solución con territorialidad y extraterritorialidad el régimen del Derecho público y leyes políticas extranjeras ha podido descansar en el carácter estrictamente territorial de dichas normas.- En una orientación privatista del Derecho Internacional privado la exclusión del Derecho público extranjero resulta un corolario.

Para GHIL y en sentido jurídico positivo ha dicho en relación de las leyes políticas extranjeras que su aplicabilidad no provoca un auténtico problema al no existir en los sistemas estatales una norma de colisión que reclame la aplicación de las mismas con lo cual en el ámbito del Derecho público se actúa tan solo dentro del ordenamiento del foro. Asimismo, se manifiesta abiertamente contra la utilización de los argumentos clásicos de la territorialidad de las leyes de Derecho público o su incompatibilidad con el ordenamiento público como cauces para excluir las normas de esta naturaleza

pública o política. Aguilar Navarro<sup>389</sup> ha adoptado una posición positiva matizando los diversos supuestos en que puede ser relevante el Derecho público el Derecho imperativo extranjero.

Sin embargo, con ocasión de las frecuentes confiscaciones, expropiaciones, requisas y la importancia evidente de los problemas de la cooperación fiscal internacional se ha mejorado el perfeccionamiento del examen de este problema. De otro lado la creciente intervención del Estado en la vida económica y comercial ha introducido un nuevo plan al ser capítulo importante de la vida jurídica esa actuación estatal que se concreta en actos de gobierno, actos administrativos. Sin embargo, esto ha ocasionado que los diversos tratadistas sobre la materia han resultado matizando el problema, lo cual significa que no puede decirse Ab-initio y de una forma absoluta que las normas de Derecho público, las leyes políticas extranjeras carezcan por completo de significación e importancia en el Derecho Internacional Privado. Llegando al estudio concreto de la interdicción legal se comprueba de qué modo y circunstancias una ley penal extranjera surte efectos. También en cuestiones sobre nacionalizaciones y expropiaciones se obtienen conclusiones afines a las anteriores, GHIL, ha rescensionado, jurisprudencia americana, en la que aparece consideraciones prestadas a las leyes políticas extranjeras.

BISCOTTINI, BARILE y otros han realizado al respecto el estudio de la gravitación de los actos administrativos extranjeros y admiten algunas consecuencias jurídicas. De lo expuesto en estos párrafos se puede colegir que si bien el Derecho Público, y las leyes políticas extranjeras no constituyen un supuesto específico del Orden Público y que en ocasiones es posible reconocerlo aun cuando no fuera en función decisoria unitaria y de poder que les caracteriza como normas de Derecho público; sino mediata e indirectamente en cuanto pueden incidir en cuestiones y supuestos de Derecho Internacional privado como sería en el caso de un derecho que aparece enmarcado dentro del ámbito del comercio jurídico privado.

---

<sup>389</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Derecho Internacional Privado". Vol. I. Tomo 2. Págs. 181 y sgtes.

De otro lado está la posición de EHRENZWEIG quien concatena el Orden Público con los intereses del Estado y al respecto hacia alusión al conflicto de la guerra fría (Rusia-EE.UU).

Se dice que el Orden Público actúa desde aristas del Derecho bastantes puntales, así tenemos Derecho de personas, Derecho sucesorio, Derecho de familia, aspectos procesales y de Derecho comercial.

## **VI.7. EL ORDEN PÚBLICO Y OTROS PROBLEMAS GENERALES**

Es necesario señalar que “la posibilidad de interpretación jurídica pues, de los distintos órdenes jurídicos, se encuentra dada precisamente por la mayor o menor coincidencia axiológica entre unos y otros, en cuanto derechos reconocidos” Ruchelli<sup>390</sup>.

Lógica y cronológicamente el orden ha podido constituir el primer ejemplo dentro del ámbito de los problemas generales. Si se pudiera hacer un parangón se podría establecer que lo que le pasa al Orden Público en la significación del Derecho Internacional Privado es algo parecido a la relación de la soberanía respecto al Derecho Internacional en cuanto a su gravitación. Lo que indica la existencia de una evolución paralela de postulados y actitudes. Los internacionalistas que piensan que la soberanía es la negación del orden internacional tienen como afines a los privatistas que sostienen que el Orden Público es la negación del Derecho Internacional Privado. A su vez los internacionalistas que predicen una progresiva eliminación del concepto de soberanía están unidos con los privatistas que sostienen que el Orden Público se irá reduciendo paulatinamente. La soberanía en la interdependencia, como expresión de libertad e independencia sirve para reflejar lo que constitutivamente es el orden internacional. El Orden Público es un exponente ejemplar de lo que puede ser un sistema de Derecho Internacional Privado un orden de normas de colisión.

---

<sup>390</sup> RUCHELLI. “Orden Público”. Pág. 61.

En ambos casos se da una realidad y dan un principio necesario e indispensable.

Al establecerse que el Derecho Internacional Privado es un derecho de remisión y entender la invocación del Derecho extranjero un salto al vacío por responder al Derecho Internacional Privado a una ordenación jurídica y política en la que tiene primacía la comunidad nacional y la institucionalización estatal es por lo que inevitablemente hay que incluir el Orden Público. Resulta ser un correctivo funcional –su acción debe ser planeado íntimamente con otros problemas generales– que se impone por la naturaleza del tráfico externo y por la índole de plan de reglamentación que ofrece la norma de conflicto.

El Orden Público tiene afinidades con la **cuestión previa**, bien por la vía ortodoxa de la cuestión previa o prejudicial bien a través de una determinada interpretación de la teoría del efecto atenuado del Orden Público; con la Calificación la teoría de la institución desconocida, ejemplo:

Con el Reenvío –la posible admisión del Reenvío obliga a plantearse el problema de la consideración del Orden Público extranjero.

Entre Orden Público y fraude a la ley se ha reconocido y hablado con amplitud y no resulta difícil entender que el problema de la adaptación, de la sustitución y equivalencia tenga un lugar destacado en la puesta en acción del Orden Público cuando el juez interroga sobre la forma de guiarse a fin de llenar el vacío que resulta de la aplicación del Orden Público.

## **VI. 8. EL ORDEN PÚBLICO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

La Cláusula de la Constitución Francesa de 1791 análoga a las enmiendas que planteó el Congreso de Estado Unidos, en el sentido que nada estará delante de los derechos naturales del hombre, por lo que ninguna ley sea o no de Orden Público puede estar contra las garantías constitucionales y es que las garantías no son protegidas debidamente por el Orden Público.

En muchos sistemas jurídicos se tiene que son las disposiciones constitucionales las que han terminado resolviendo cuestiones de derecho común, y es que las normas de carácter constitucional han culminado empalizando fuertemente con el espíritu del pueblo y también por supuesto con los legisladores y los operadores jurisdiccionales, siendo que las demás normas son solo producto de ellas y los actos jurídicos contrarios a ellas –las normas constitucionales son muy escasas, de allí que la jurisprudencia solamente se encarga de mostrar aquellas virtualidades de la aplicación de las normas constitucionales.

El Orden Público siempre ha sido confrontado con la autonomía de la voluntad o irretroactividad de la ley. Debe tenerse en cuenta que la autonomía de la voluntad coincide en mucho con la libertad de comercio e industria, con la libertad de trabajo así como también con la facultad de usar y disponer de la propiedad; esta se inspira que en principio es de menor alcance de la denominada institución civil, en cambio la irretroactividad de la ley coincide con la garantía constitucional de “ley anterior” y la garantía de la inviolabilidad de la propiedad en cuanto lo es el derecho adquirido.

En cambio la extraterritorialidad de la ley extranjera se halla sin protección alguna desde el ámbito constitucional porque no hay quien la ampare contra el imperio de la ley local. Siempre se da una superioridad del Derecho público sobre el Derecho civil, pues el planteamiento es que la ley debe respetar la voluntad individual, salvo que esté de por medio el Orden Público, es decir, que haya un interés social superior. En el Derecho público se establece que la ley

puede imperar frente a cualquier valla pero no así en caso de afectar garantías constitucionales, lo que implicaría, por ejemplo, que no se afecte la propiedad o libertad, debiendo respetarse la cuestión de la comunidad internacional, lo cual en Derecho privado se denomina autonomía de la voluntad, irretroactividad y extraterritorialidad. Las normas constitucionales que protegen la esfera individual, limitan el vigor imperativo que tiene en principio la ley, no debiéndose levantarse otro límite sistemáticamente infranqueable pero que a la vez es prácticamente impreciso a esa virtualidad natural de la ley, lo que significa en la práctica tener que demostrar que la ley es de Orden Público mejor dicho consagra un mítico valor para que impere en todo su alcance.

Desde el sesgo liberal existen quienes se alarman ante la multiplicación de las leyes calificadas de Orden Público, no se puede inducir a desconocer el radio de acción de la ley imperativa, sino a afirmar y fortalecer dentro de su ámbito las libertades individuales y de la propiedad, a fin de que no sean avasalladas mediante esa clase de leyes.

Sin embargo se puede señalar que las normas constitucionales son de Orden Público, el llamado orden público constitucional, trata de la “ley suprema de la nación” y tienen vigencia imperativa y las leyes, actos, autoridades y personas deben adecuarse a la Carta Magna, so pena de nulidad porque el interés general de la sociedad exige su plena vigencia.

Su aplicación de oficio dependen de dos situaciones que se pueden presentar:

Su aplicación directa. O cuando exista una ley que resulte violatoria de los textos constitucionales.

Aplicación directa de una norma constitucional. Puede tener los siguientes efectos.

#### **NULIDAD DE LAS RENUNCIAS ANTICIPADAS.**

Y es que resulta que dada la norma constitucional esta siempre tiene el carácter de imperativa y reconoce o asigna a determinados órganos o personas algunos derechos en forma obligatoria (asi tenemos el caso de atribuciones, poderes, derechos subjetivos, potestades, etc.) por lo que todo aquello que se realice –sea de forma individual o colectivamente– con el propósito de impedir con carácter anticipado que aquella produzca sus efectos juridicos normales, es o viene a resultar nulo absolutamente por ser en realidad su objeto



prohibido y violatorio del Orden Público. Así la nulidad absoluta de las renunciaciones anticipadas y cuando su destinatario las realiza unilateralmente son acciones que garantizan que en forma indefectible se cumpla con el fin perseguido por la norma constitucional de Orden Público en el sentido que el derecho atribuido nace y es adquirido de manera tangible por el destinatario, presentándose el caso de que es inválida por nulidad absoluta por ejemplo la renuncia anticipada de un órgano de gobierno a una facultad otorgada por norma constitucional, un funcionario de una potestad pública, o una persona de cualquier derecho individual sea de carácter patrimonial (propiedad) o extrapatrimonial (igualdad o defensa en juicio), siendo que en estos casos el Juez deberá declarar de oficio la invalidez de renuncia ilegal aun sin rogatoria de parte por tratarse de un acto que nunca puede ser saneado o convalidado, debiendo aplicar la norma constitucional que infructuosamente se ha querido excluir o dejar sin efecto.

De lo que debe establecer que el someterse voluntariamente a una jurisdicción determinada no significa para nada el renunciamento a los derechos consagrados en la Constitución y es que por ejemplo, la propiedad, según la Carta Magna es consagrada y garantizada. En primera instancia puede ser renunciado una vez incorporado al patrimonio de su titular, pero lo que no se puede, ni por renuncia anticipada ni de otro acto derogatorio dejar sin efecto la norma imperativa en el caso constitucional, ni evitar la vigencia de la garantía que ella consagra. Sin embargo, dicho acto derogatorio siempre será sancionado con nulidad absoluta por encontrarse de por medio el Orden Público cualquiera fuera la naturaleza del derecho comprometido, patrimonial o extramatrimonial.

### **APLICACIÓN DE OFICIO DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**

Es el caso que las normas de carácter constitucional son fundamentalmente cumplidas de oficio, es decir, se cumple con su imperatividad, pero de la adquisición por su titular se da el presupuesto si puede o no ser renunciado cuestión que se decidirá de manera positiva si se trata solo de un interés privado lo está permitido por cuanto es Orden Público relativo es decir solo hay

imperatividad de la norma –pero en caso se encuentre de por medio el Orden Público se producirá un efecto negativo– dándose lo que se conoce como Orden Público absoluto pues se da al mismo tiempo imperatividad como irrenunciabilidad.

Serán irrenunciables en el ámbito constitucional:

Los poderes, potestades, y facultades atribuidas a los centros de poder y a los funcionarios por el Estado y también cuando sea el caso de derechos extrapatrimoniales –derechos de la personalidad, defensa en juicio, igualdad, etc. pues en estos casos el Orden Público exige que estos derechos y atribuciones se conserven y ejerzan efectivamente, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios dándose el presupuesto del Orden Público absoluto, en el cual actúa aun cuando el titular no ha hecho rogatoria o haya decidido renunciar en esos derechos, sin poder acceder al saneamiento o la convalidación de cualquier acto violatorio.

Sin embargo, serán renunciables plenamente los derechos de contenido patrimonial regulados en las normas constitucionales es el caso del derecho de propiedad, y es que en este caso solo hay el interés individual de la persona.

### **APLICACIÓN DE LA LEY CONTRARIA A LA NORMA CONSTITUCIONAL**

Aquí como se puede apreciar queda dilucidar qué labor debe cumplir el juez si debe declarar de oficio la invalidez de la ley inconstitucional y si para realizar tal labor requiere de rogatoria de parte interesada.

Al efecto se ha planteado que los jueces no pueden aplicar de oficio las normas constitucionales, pudiendo tan solo invalidar y/o dejar de aplicar las leyes contrarias a las normas constitucionales solo de existir petición expresa de parte recurrente.

Siendo que existen dos argumentaciones sobre la aplicación de oficio de las normas constitucionales unas a favor y otras en contra. Así:

**En Contra dice:**

- Cuando se hace una declaración de inconstitucionalidad de oficio se desconoce el principio de presunción de validez de los actos estatales, lo cual significa una presunción *iuris tantum* la que por cierto debe ceder cuando surja de un modo manifiesto que la ley en consideración se opone a la norma constitucional.
- Se da una alteración del equilibrio de poderes a favor del Poder Judicial, lo cual carece de consistencia por establecer que el avance sobre los demás poderes no se produce cuando media petición de parte y se da cuando no la hay.
- Viola el derecho de defensa del dañado la declaración de inconstitucionalidad pues, la misma no puede ser escuchada

**A favor:**

- Al efecto los jueces deben aplicar el **iura novit curia** por lo que primero deben aplicar la supremacía de la Constitución aun a pesar del silencio de las partes.
- Las normas constitucionales son de Orden Público por lo que su aplicación debe ser de oficio, pues la autonomía de la voluntad debe ceder ante el interés general de la sociedad, de tal manera que nadie puede consentir ni convalidar la violación de la Constitución.

Lo que debe decirse es que sin embargo el control de oficio debe proceder en los casos de Orden Público absoluto, pues las leyes de carácter inferior no deben contrariar a las de carácter constitucional, so pena de nulidad que puede ser relativa o absoluta, según sea o no comprometido el Orden Público y que el titular legitimado pueda o no renunciar a ellos.

Existe una doctrina que señala que solo se debe declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando se dé por comprometido el Orden Público. BIELSA<sup>391</sup> señala “mantener el orden constitucional de la jurisdicción, en los privilegios inconstitucionales, en la competencia *ratione materiae*, *ratione loci*, y en ciertos casos de derecho penal, etc.”.

---

<sup>391</sup> BIELSA, Rafael. “Derecho Constitucional”. Págs. 717-718.

PADILLA<sup>392</sup> “El Orden Público y la declaración de Oficio de la inconstitucionalidad” señala que los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes siempre que se encuentre “comprometido el Orden Público constitucional”.

Se trata de evidenciar que solo debe ser aplicado de oficio la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a las normas constitucionales cuando se trate de normas constitucionales tengan el carácter de imperatividad y de irrenunciabilidad.

Lo que debe establecerse como argumento el presupuesto del Orden Público absoluto, en el sentido de la supremacía constitucional.

El argumento de que la declaración ex officio atenta contra el derecho de defensa ha sido considerado por los partidarios, es decir que la parte afectada podría no tener la oportunidad de defender su validez constitucional por ya haber sido descalificado, al efecto se aplica el principio *iura novit curia* por cuanto el control de constitucionalidad es sobre una cuestión de derecho y no de hecho, de tal manera que si la ley violatoria de la Constitución limita o afecta un derecho irrenunciable el Juez debe declarar de oficio su invalidez por hallarse de por medio el Orden Público, porque el interés general de la sociedad es exigible aun en contra de la voluntad expresa de las partes interesadas, lo que no es afectar el derecho de defensa de la parte perjudicada.

Lo que en realidad no es discutible es que el juez tiene amplia libertad para seleccionar el derecho aplicable dado las diversas alternativas de las partes. Sin embargo en el ámbito constitucional la cuestión es totalmente distinta en razón de que ahora no hay necesidad de seleccionar la norma por cuanto no existe duda alguna acerca de cual es la aplicable al caso –que resultaría ser la ley cuestionada– siendo que de lo que se trata es desplazar a la misma por considerarla violatoria de la Constitución.

---

<sup>392</sup> PADILLA. “El Orden Público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad”. En: *La Ley*. 1984 -C-320.

Para hacer este movimiento es indispensable invocar y demostrar la invalidez de la ley en cuestión a través de un planteo que conforme a los principios generales, deberá ser incoado por la parte interesada con la debida participación de la contraparte, que se vería perjudicada si la misma se anulará y declara inaplicable, conforme al derecho de defensa y las reglas del debido proceso.

Se necesita que por el principio de control de constitucionalidad no se ejerza de oficio sino después de efectuado un planteo concreto y de producido el correspondiente debate –claro de darse el caso que no se encuentren de por medio derechos constitucionales que no son irrenunciables.

En el caso que los derechos sean tan evidentes que no permitan discusión o que se haga uso de la etapa probatoria porque resultaría ocioso llevar a cabo tanto menoscabo de la actividad jurisdiccional para probar simples cuestiones que por ser evidentes carecen de necesidad de probanza alguna es necesario recurrir a la aplicación del Orden Público para corregir cualquier acto deleznable sea en sede judicial, o incluso del propio Legislativo o incluso por el Ejecutivo, que pudiera llevar adelante situaciones que nos permiten un abuso del derecho, que solo los operadores bien avisados en tal materia pudiera detectar y corregir oportunamente para no permitir que los demás operadores del derecho cometan mas errores.

Lo que debe señalarse es que los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes que además de ser violatorias de las normas constitucionales y afecten derechos de carácter generalmente extrapatrimonial, que son irrenunciables para el titular por encontrarse comprometido el Orden Público (poderes, potestades, atribuciones, facultades, derechos subjetivos, etc.), sin embargo, no resulta de igual modo cuando se refiere a derechos constitucionales que son renunciables (por ser de contenido patrimonial) al no encontrarse de por medio el Orden Público, sino tan solo un mero interés privado, debiendo impulsarse por pedido del titular del Derecho vulnerado es el caso del Orden Público relativo.

El control de oficio no funciona cuando se trata de derechos renunciables, además de ser estrictamente jurídica por las razones antes señaladas, por diversos motivos aparece como razonable y coherente con todo sistema legal. Lo que debe establecerse es que una “ley no resulta inconstitucional por sí misma sino lo que hace inconstitucional es el contexto fáctico dentro del cual debe ser aplicado” Bianchi<sup>393</sup> citado por Gialdino “un lugar de encuentro en materia de control de constitucional”.

Así es el caso de las nulidades procesales que siempre tienen un carácter relativo por lo tanto subsanable de tal modo que el juez no las puede declarar de oficio por ser renunciable la respectiva acción de nulidad.

Tampoco es relevante el argumento que se señala que si admitiera que los jueces pueden declarar de inconstitucional solo a pedido de parte se pondría el absurdo de aplicarse una ley inconstitucional, podría ser el caso en el cual no medió impugnación alguna, lo que haría que el sentenciante tendría que resolver la cuestión de modos diferentes, pues se trata de una paradoja y/o contradicciones, que se suceden porque se trata de un sistema donde la defensa de los derechos se basa en la iniciativa y actividad de las partes, en las omisiones y actos, finalmente en sus errores y aciertos de sus planteos y alegaciones efectuadas en el proceso.

Los jueces están obligados a disponer de soluciones diferentes concediendo a unos lo que se niegue a otros, actuando sobre las articulaciones planteadas por las partes según lo determinan los principios de congruencia y de defensa; en juicio puede ello parecer incongruente y contradictorio pero jurídicamente no lo es, porque así lo exige la lógica del sistema y las reglas de juego preestablecidas que buscan asegurar la mejor administración de justicia posible.

Dándose el presupuesto que cuando las partes solicitan el servicio de los letrados los mismos que por razones de estricta conveniencia renuncian a algunos derechos de carácter constitucional o de cualquier otro ámbito del

---

<sup>393</sup> BIANCHI citado por Gialdino “un lugar de encuentro en materia de control constitucional La Ley 1997 –C-1020 nota 20.

derecho, en esos casos los jueces quedan inhabilitados para declarar de oficio su invalidez o su inconstitucionalidad.

Podría ser que faciliten medios para tal efecto por cuanto puede tenerse que en algunos casos los juicios sobre inconstitucionalidad de una ley sea de carácter inflexible a los argumentos de las partes, y los jueces no pueden ir por encima de lo señalado en el sistema jurídico, haciéndose posible que la parte pueda realizar el petitorio en la instancia que estime conveniente sobre la ley cuestionada.

El Derecho Constitucional existe pero se halla limitado por el Orden Público, llevada esta concepción al extremo total nos conduciría a un sistema imperativo absoluto, del cual no podrían eludirse los derechos, conspirando de tal manera contra la esencia misma de la evolución jurídica.

En contrario de darse una invasión del Derecho extranjero de importación podría conducirnos a una caída de estandar jurídicos básicos a los cuales se terminaría sustituyendo, por los importados cada vez que la legislación conflictual así lo determine.

Al respecto JUAN CARLOS SMITH ha dicho que las leyes de Orden Público “están siendo consideradas como teleológicamente orientadas a constituir una situación de ordenación social tal, que no pueda ser alterada por la voluntad unilateral o bilateral de los individuos ni por la eventual aplicación de las leyes extranjeras”.

Es así que se habla de una serie de conceptos como “bienestar general”, “interés general” “interés público” “bien público” son en realidad estándares jurídicos que se hallan orientados hacia ese propósito. Resulta entonces que el Orden Público<sup>394</sup> es en sí una consecuencia de ese estándar jurídico elemental.

No pudiéndose sino decir en este caso que el Orden Público no siempre funciona en algunas situaciones jurídicas y se alejan del citado concepto,

---

<sup>394</sup> El Orden Público viene a ser un elemento que se destina a proteger, salvaguardar el bienestar general, o el interés general o el interés público.

además debe tomarse en cuenta que jurisprudencialmente se han asentado sin tomar en cuenta los principios generales que deben regir la materia.

Se tiene que no siempre las nociones de carácter constitucional están imbricadas con el tema del Orden Público, cuando se señala un contenido “axiológico” y de la posibilidad de su cambio, en general lo hacemos como si esos cambios se efectuarán *ipso facto*.

Al efecto se debe mencionar que los cambios sociales se producen en forma gradual-cuantitativa –en términos marxistas– y aun antes que el cambio sea recogido por la ley ha sido modificado el “bienestar general” ha cambiado, tiene otro contenido, pero oficialmente sigue funcionando el primer derecho y hasta que el nuevo sea reconocido sigue vigente el antiguo.

Y es que la seguridad jurídica se halla determinada en las leyes, aunque las mismas no tengan contenido por los acontecimientos sociales, pero efectivas, contando a su vez para su adecuación y morigeración con la interpretación judicial a través de sus pronunciamientos. Dándose momentos en la sociedad en que algunos “estándar jurídicos” no responden a las pautas reales del “interés general”.

Al respecto Ruchelli<sup>395</sup> plantea algunas preguntas respecto al Orden Público:

1. Se deben considerar “de Orden Público”, las disposiciones de esos estándar.
2. Las normas que lo reflejan dejan de ser aplicadas, para caer finalmente en desuso.
3. Cual es el límite máximo admisible para la cercenación del derecho reconocido en la carta fundacional.
4. Cuando la reglamentación de los derechos se torna arbitraria cuando se cercena totalmente el derecho o basta la existencia de una pequeña posibilidad de ejercerlo para considerar que todavía existe, sin tener en cuenta la desnaturalización de él.

---

<sup>395</sup> RUCHELLI, “Orden Público”. Pág. 63.



Se plantea que en realidad la vigilancia necesaria para mantener los principios de armonía de una sociedad, funcionan hacia a su interior, cuando los particulares buscan lesionar esa armonía querida por la sociedad y reflejada en la ley. Es el reflejo mínimo a fin de no violar los derechos reconocidos en las cartas fundacionales respectivas. Ese efecto de defensa de la estructura social se denomina “Orden Público interno” el otro efecto operativo se trata del que defiende la estructura social de la invasión jurídica forense, o sea a través de la ejecución en el país de las sentencias extranjeras se denomina “Orden Público internacional”.

Finalmente debe señalarse que el factor axiológico es de directa afección por el “interés general” que es lo que lo originan. Es pues el interés general que viene a reflejar de manera más completa la formación de los derechos reconocidos en las cartas fundacionales, siendo que lo demás son consecuencia del interés general, que resulta siendo el motor que hace posible a la sociedad adquirir los derechos que puedan conducirla al “bienestar general” o al “bien común” es el que incide con su contenido las leyes que se dictan, el que se objetiviza mediante sus “efectos”, y tenemos el “efecto Orden Público interno” que está dirigido “hacia adentro” para regular las relaciones entre particulares dentro una sociedad y el “efecto Orden Público internacional” que está dirigido “hacia fuera” es la defensa del “interés general” en su colisión con el “interés general externo”.

La formulación del primero se encuentra expuesta en el artículo 2049 del Código Civil de 1984 y la formulación del segundo lo encontramos en el artículo 2050 del mismo cuerpo legal, como fundamento a la no aplicación del Derecho extranjero.

La protección del orden jurídico no es únicamente de la República sino de toda sociedad jurídicamente organizada, Ruchelli<sup>396</sup> señala “lo que comúnmente la doctrina llama –efectos– no son tales, sino **características** de los efectos. En otras palabras no existen –efectos– del Orden Público (él mismo es un efecto), sino únicamente características”.

---

<sup>396</sup> Ídem. Pág. 67.

Se tiene que es muy difícil señalar que existan efectos positivos, toda vez que cuando se da como limitación a los derechos reconocidos de la carta fundacional, se trata de efectos negativos, sea en el ámbito del Orden Público interno o del Orden Público internacional. Otro caso es la adaptación del Derecho extranjero al nuestro, en el que puede darse el “efecto Orden Público internacional” como el efecto del interés general” al que se llama “cláusula de interés nacional”.

El funcionamiento de estos dos efectos trae aparejada una característica inexistente en el “Orden Público interno” el mismo que se traduce en una característica positiva.

Debe señalarse que Niboyet<sup>397</sup>, establece en cuanto a que los casos en que se produce la sustitución de la parte nociva de la relación de derecho importada por la ley foral se da una característica negativa –no aplicación del derecho extranjero– y una de carácter positiva –aplicación de la ley foral– que no son simultáneas. Resulta que la adaptación que posee la característica de transformar la relación jurídica nociva en una capaz su agotamiento natural haciendo que no se varíe la ley aplicable a la relación establecida lo que conlleva a que estamos ante una nueva relación de derecho, también se puede dar en el nivel del efecto “Orden Público internacional”.

Haroldo Texeiro Valladao<sup>398</sup> en el denominado Proyecto de ley general de aplicación de las normas jurídicas, dice en su “artículo 79. Límites generales de Orden Público y adaptación- Las leyes, actos y sentencias de otro país, así como cualesquier declaraciones de voluntad allí formuladas, no tendrán eficacia en Brasil si ofendiesen la soberanía nacional, el Orden Público, la equidad, la moral o las buenas costumbres. Párrafo único. Podrán ser admitidos, por razones de justicia y equidad, la declaración del reconocimiento de efectos parciales que se aproximen de los permitidos por el Derecho brasileño –párrafo único del artículo 39-., hace una referencia al Orden

<sup>397</sup> NIBOYET. “Principios de Derecho Internacional Privado”, cit. Págs. 233 y 411.

<sup>398</sup> TEXEIRO VALLADAO, Haroldo. “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”. Año XXIX oc.-Dic. de 1965. Pág. 134.

Público, comprendiendo a los dos efectos del mismo, cuando realmente la expresión que hace referencia –siguiendo su propio esquema teórico– y que corresponde es el “Orden Público internacional”, es decir, “las leyes, actos y sentencias de otro país, así como cualesquiera declaraciones de voluntad allí formuladas, no tendrán eficacia en Brasil si ofendiesen la ley brasileña”, y esto se debe a que en el proyecto –aparece– luego del tratamiento de los “exhortos” “reconocimiento de sentencias extranjeras” y aplicación del derecho declarado competente”, lo demás es una remisión lógica específica a la “no aplicación del derecho del derecho foráneo”, la referencia a la moral y las buenas costumbres sería una referencia al interés general el mismo que es el fundamentador de los derechos reconocidos en las cartas fundacionales a través de los principios recogidos en ellas y de las leyes que en su consecuencia se dicten. El “interés general” es el “espíritu de la legislación, en Argentina<sup>399</sup> la doctrina nacional es partidaria del derecho de adaptación como solución menos disvaliosa –Pardo, Goldschmidt, Ruchelli– en los pronunciamientos judiciales en Argentina se ha concedido a la relación de derecho importada “el mayor alcance posible dentro de los límites de la legislación” así en materia de matrimonio, el alcance mayor dado por la jurisprudencia a un divorcio vincular, es un divorcio personal, la interdependencia de los estados por razones culturales y económica así lo permite, el fenómeno de la reducción del mundo como consecuencia de la globalización de las comunicaciones permite la más rápida interpenetración jurídica de las naciones, manifestando en otro “nuevo orden” que comprende a todas ellas y excluyendo el criterio de “comunidad jurídica” del siglo XIX.

Ahora la interpenetración es más simple, y genera un nuevo orden jurídico, en el que deben integrarse áreas del mundo marginado como África, Oceanía, Oriente.

Debe tenderse a la desaparición de la “no aplicación del Derecho extranjero” por lo que se plantea una importante presencia del derecho de adaptación, dentro de un mundo plenamente comunicado.

---

<sup>399</sup> Los juristas argentinos son en esta parte de América latina quienes mejor han efectuado el desarrollo de la institución de derecho internacional a partir del desarrollo de Savigny.

## VI.9. EL ORDEN PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Entre ambas categorías jurídicas existe una amplia y muy reconocida interrelación; siendo así la imbricación que la determinación del Derecho Internacional Privado determina una manera de concebir del Orden Público, cuya primera explicación va a surgir a partir de la presencia de las doctrinas nacionalistas y las internacionalistas aun cuando en la hora actual no sea ya relevante esta cuestión, pues resulta que es hoy de una complejidad mayor lo cual ha sido puntualizado por juristas como LAGARDE, QUADRI, ZICCARDI, WENGLER, BATIFFOL, etc.

Análisis, que se plantea desde las esferas, de la naturaleza, la función y la metodología del Derecho Internacional Privado y del Orden Público.

**Desde la esfera de la naturaleza** <sup>400</sup> del Derecho Internacional Privado resulta conveniente separar la acción de los principios de inspiración de la determinación de la función que cumple la norma de colisión y de su misma estructura.

Cuando se habla de los principio de inspiración –fundamentos– se entiende justificable pensar en primer término en la significación que la soberanía ha tenido en la construcción y funcionamiento del Orden Público. De allí la naturaleza de la monografía de ESSER<sup>401</sup>, es cerrada con un capítulo dedicado al concepto de soberanía y el Orden Público. Los tratadistas clásicos que trataron el tema del Orden Público tuvieron su punto de apoyo en la noción de soberanía para permitir la aplicación insoslayable de unas normas en las que se encarna la defensa de la cohesión social la protección del orden institucional al amparo de unos valores morales de una ideología y de unos intereses colectivos o de los mismos nacionales. Se invoca la soberanía para apoyar una concepción positiva generalizada del Orden Público, pero igualmente puede ser

---

<sup>400</sup> Se puede conocer el propio contexto del Derecho Internacional Privado.

<sup>401</sup> ESSER. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 197 y sgtes.

usada para ser una base de interpretación restringida negativa y excepcional del Orden Público. Con pretensiones no muy dispares ciertos autores han recurrido al concepto de cortesía, de la comity para explicar su noción de Orden Público.

Dentro de esta perspectiva se establece más un carácter estatal discrecional, de las denominadas normas de colisión al igual que se acentúa la inferioridad y excepcionalidad que presenta la aplicación de la ley extranjera.

Una orientación diferente aparece en la concepción puramente territorialista del Derecho Internacional Privado, en el que el Orden Público se convierte en un elemento fundamental del territorialismo. De ahí que para determinados autores –AUBRY, VAREILLES-SOMMIERES, ETC.– el Orden Público viene a ser una especial manifestación de la territorialidad de la ley. Resultando que no son pocos los internacionalistas los que convierten el Orden Público en un principio general básico del Derecho Internacional Privado –Caso HEALY– o en otros casos en un elemento moderador que equilibra posibles extralimitaciones de la personalidad SURVILLE, WEISS. Aunque cabe también afirmar que esta relevancia del elemento territorial se da en autores de carácter nacionalista como son BARTIN NIBOYET pero hay registro de ello también en los denominados universalistas como PILLET, FRANKENSTEIN.

De otro lado se debe señalar que la interpretación territorialista ejerce una fuerte influencia en la forma de tratar extremos concretos del Orden Público: no consideración del Orden Público extranjero, aplicación de la ley material del foro con único procedimiento de colmar la laguna que ocurre de la exclusión de la norma material extranjera.

Sin embargo es el principio de la Comunidad de Derecho<sup>402</sup> el recurso doctrinal que ha sido de mayor uso para justificar y explicar la acción del Orden Público, exagerando un poco las posibilidades del concepto ESSER ha dicho que refleja

---

<sup>402</sup> Comunidad jurídica para usar un concepto producido por la Nueva Filosofía del derecho se ha pronunciado favorablemente a que el Orden Público sea el ordenador de los distintos mecanismos de cuidado y orientación del sistema jurídico.

una concepción esencialmente internacionalista. Lo que puede ser cierto en la exposición de la teoría que alcanza Savigny y no lo sería sino tuviéramos a la teoría esbozada por BARTIN autor francés que parte también de la existencia de una comunidad jurídica.

El concepto de comunidad de Derecho constituye un factor del que no se puede prescindir en la elaboración del Orden Público y del que puede resultar la orientación que permita al mismo tiempo relevar elementos de un Orden Público interno como ingredientes de un progresivo orden internacional o supranacional-ROLIN, etc.

**Desde la esfera de la concepción funcional** del Derecho Internacional Privado condiciona la concepción funcional del Orden Público que se registra tanto en las teorías dominantes (BATIFFOL, LAGARDE, FRANCESEKIS, WENGLER) como en la posición peculiar de QUADRI, y algún otro tratadista italiano-(teoría positiva del Orden Público.

La concepción funcional del Orden Público supone que debemos reflexionar no únicamente sobre los principios de fundamentación sino que se debe ampliar a la contemplación para abarcar los criterios de funcionamiento a los que debe sujetarse la norma de colisión.

Debiendo al efecto en extremo destacar dos postulados muy gravitantes:

El respeto por los derechos adquiridos.

Y la necesidad de una coordinación en la acción de los sistemas jurídicos polarizada en la estimación del resultado.

La igualdad en el trato jurídico en WENGLER y a lo no discriminación entre la ley del foro y la ley extranjera según BYSTRISCKY y la solidez e intensidad de la conexión que el supuesto tiene con el Foro que es lo que justifica la acción de defensa que encarna el Orden Público. La relación entre la naturaleza del

Derecho Internacional Privado y el Orden Público explica que la doctrina pretenda deducir concepciones del Orden Público que son como secuelas de una interpretación territorialista personalista o universalista del Derecho Internacional Privado.

**En la esfera de la Metodología** al darse por corroborada la correlación entre método conflictivo, norma de colisión bilateral y Orden Público resulta que aparece introducida la pluralidad de métodos, y habiéndose aceptado a la norma de aplicación inmediata esta supone una alteración en el juego normal del Orden Público de la cláusula de reserva con la alternativa de sostener una noción del Orden Público que le es propia del orden jurídico general y que explica sin más de la normas materiales del foro.

En VALLINDAS igualmente debe influir en la noción de Orden Público el que prevalezca o no una concepción amplia del Derecho Internacional Privado.

FRANCESKAKIS, presentó al comité francés en sesión del 19 de enero de 1968 la novedad de introducir en la aplicación del Orden Público las normas de aplicación inmediata.

Existen criterios metodológicos a los que debe ajustarse la construcción doctrinal y la aplicación práctica del Orden Público. Se dan cuatro aspectos gravitantes:

- \* El Orden Público debe basarse en una consideración funcional y teleológica de la norma de colisión, en determinados casos de las normas generales.
- \* Deberá apoyarse y realizarse a través de la acción judicial –siendo necesaria la intervención del Orden Público en la actividad de los tribunales nacionales de la recomendable en la decisión de las jurisdicciones internacionales.
- \* Su construcción no puede estar divorciada de la realidad política y social, de la valoración de los intereses –WENGLER relevando el factor político y KEGEL el de los intereses.

- \* Para intentar lograr su construcción normativa se encauce utilizando las categorías de las que el Derecho Internacional Privado se sirve para obtener su autonomía: norma de colisión, punto de conexión.

Metodológicamente –dice Aguilar Navarro<sup>403</sup>, ha insistido en unos rasgos que contribuyen a justificar mi eclecticismo en este problema del Orden Público. Más quisiera resaltar una especial dimensión de este eclecticismo, la combinación ponderada que tiene que darse entre lo concreto y específico, lo general y lo abstracto”.

Pillet y sus continuadores buscan establecer una concepción muy concreta del Orden Público tanto así que aspiran a un sistema de lista, a una especie de *numerus clausus*. Sin embargo en cada una de estas categorías en que tratan de encerrar el Orden Público llegado el momento de la aplicación se deriva en una actitud abstracta.

En el sistema germánica –y otros estados– sucede lo contrario pues al defender la fórmula de la cláusula de reserva resulta que adoptan una concepción general pero llegado la circunstancia de la aplicación la realidad la transforma en una solución sustancialmente concreta, casuística.

En relación entre el Orden Público y el Derecho Internacional Privado se presentan dificultades que se plantean en los siguientes extremos:

- 1) El modo de proceder a la indicación del orden jurídico que suministra la norma enunciativa.
- 2) Forma de justificar la aplicación de dicha norma.
- 3) Procedimiento usado para lograr una efectiva aplicación del precepto.
- 4) Límites, peculiaridades y correcciones a que deberá ajustarse la norma enunciativa extranjera para que los efectos de aplicación no signifiquen una perturbación en el funcionamiento del orden jurídico en que se insertan. Lo

---

<sup>403</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. “Derecho Internacional Privado”. Vol. 1. Tomo II. Parte Segunda. Pág. 195.



que significa la duplicidad del Derecho Internacional Privado y la dualidad de medios sociales y jurídicos en los que se desenvuelve.

Debe tomarse en cuenta que en el Derecho Internacional Privado la regla es la aplicación del Derecho extranjero declarado aplicable por el derecho conflictual interno, hacerlo a un lado es la excepción. Sin embargo, lo dicho antes constituye un riesgo toda vez que el derecho declarado competente por nuestro derecho conflictual es el de mayor relación con el caso en particular, y es que puede diferir del Derecho local.

Se plantea la cuestión de ubicar cuales son los principios inalienables esenciales a la comunidad y que pueden aparecer establecidos en normas legales o en costumbres, al respecto el juez Learned Hand quien es citado por NUSSBAUM<sup>404</sup> hace referencia a aquella ley extranjera “muy repugnante como para ser tolerada”.

En Argentina la Cámara de Civil de la Capital Federal Sala I del 24 febrero del 2000 señaló “habida cuenta del carácter excepcional del Orden Público internacional y el criterio restrictivo con el cual ha de ser aplicado por los tribunales (...), la solicitud de auxilio o cooperación judicial internacional que se formula en el caso de ser aceptada y diligenciarse la prueba de que se trata”. Al efecto un Juez del Tribunal Superior del Condado de California del condado de Orange vía exhorto invocando la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas rogatorias, pide a los tribunales argentinos tomar una testimonial, sin embargo la juez de Argentina no realizó la diligencia por cuanto durante la declaración pudo conocer que la testigo era hija del demandado y de acuerdo al Derecho interno argentino no procede, el Tribunal argentino de revisión declaró que el Orden Público internacional no puede significar una traba en las relaciones privadas internacionales entre los Estados Partes o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio internacional.

---

<sup>404</sup> NUSSBAUM, Antonio. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires, Argentina. 1947. Pág. 129.

Nuestro Código Civil peruano establece la edad de 18 años para alcanzar la mayoría de edad (artículo 42). El Código Civil argentino establece la edad de 21 años (artículo 167). Se trata de normas coactivas que hacen al Orden Público interno de cada nación, pero no se puede pensar que la norma peruana no sea aplicada por un Juez argentino o viceversa por ser que para el tribunal que una edad de mayoría diferente atenta contra los principios inalienables de su comunidad.

Al remitirnos a una ley extranjera una norma de conflicto se debe que el caso tiene más contactos con el derecho extranjero que con el interno.

El Orden Público internacional actúa a posteriori no permitiendo acceso la norma extranjera aplicable cuando el tribunal considera afectados principios básicos de su comunidad.

#### **VI.14. EL ORDEN PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

La idea del Orden Público de Derecho Internacional Privado ha sido tenido en cuenta no solamente por la doctrina sino también por la jurisprudencia LEREBOURS-PIGEONNIERE y GOLDAMN comprenden que los derechos del hombre estipulados en los textos de las Naciones Unidas a nivel mundial y del consejo de Europa a nivel continental constituyen un Orden Público internacional para todos los Estados que deben dirigir sus legislaciones a los mismos lo que significa que entre los miembros de la comunidad internacional opera en este sector un concepto uniforme del citado Orden Público internacional.

Este planteamiento que aparece en Niboyet en 1934 fue vuelta a plantear por LOUIS-LUCAS al referirse a la Sentencia del Tribunal de París del 09 de febrero de 1966 sobre la declaratoria de la nulidad de una operación de tráfico de armas basándose precisamente en que ella va en contra del Orden Público internacional.

Desde otra arista la Sentencia del tribunal supremo de la República de Bonn del 22 de junio de 1972 establece la nulidad de un contrato de exportación de

bienes culturales por comprender que tal relación viola los principios internacionales establecidos en la Convención del 11 de Noviembre de 1970 de la UNESCO.

En términos generales se puede señalar que cualquier acción que sea contraria a los principios consagrados en la Resolución 2,625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del mismo que se dice se trata de un mini-código del Derecho Internacional Público contemporáneo y que son principios de orden básicos protectores de la convivencia y coexistencia pacíficas internacionales, supondría una violación del Orden Público internacional, y estaría en contra de la paz y seguridad internacionales objetivos primarios de la misma carta de las naciones unidas.

GRAULICH<sup>405</sup> jurista belga señala que frecuentemente se habla de Orden Público internacional y refiere a lo equívoco de la expresión “en la medida en que ella puede dar a entender que se trata de un Orden Público común a todas las naciones” (Introduction op. cit., pág. 55) y es lo que determina al ámbito del Derecho Internacional Privado la expresión Orden Público de Derecho Internacional, sin embargo, de lo analizado nos podemos dar cuenta que hablar de la expresión Orden Público de Derecho Internacional en forma simple no resuelve nada puesto que puede pensarse en una referencia al Derecho Internacional –público–, al denominado derecho de gentes, cuando la verdad es que la expresión se está circunscribiendo al sector del Derecho Internacional Privado al efecto se alude al artículo 9 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales adoptado en el marco de la C.E.E.

Cabe entonces la pregunta ¿cómo identificar el Orden Público de Derecho Internacional Privado, también denominado Orden Público internacional frente a los tipos descritos de Orden Público?<sup>406</sup> Lo cual es bastante simple mientras en el Derecho Internacional Público el Orden Público –pacífica convivencia

---

<sup>405</sup> GRAULICH. “Introducción al Derecho Internacional Privado”.

<sup>406</sup> Lo que sucede es que es preferible solo de Orden Publico.

ciudadana en el Estado; pacífica coexistencia en la comunidad internacional– el cual es como se ha dicho el bien protegido; en el ámbito del Derecho Internacional privado el Orden Público es un instrumento protector de las bases fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento jurídico de cada Estado –y de cierta política legislativa como señala BATIFFOL– y sus principios que las sustentan no pueden sufrir derogación alguna por la aplicación de una ley extranjera reclamada por la norma de conflicto del foro si tal ley los contraviniera.

El Orden Público internacional en el Derecho Internacional Privado resulta siendo un recurso excepcional que cada sistema jurídico para protegerse de leyes extranjeras en principio competentes para regular la relación jurídica en cuestión cuyo contenido sea atentatorio para el Estado lo que conlleva que deban ser rechazados automáticamente por el juez.

El atentando no es solo contra un principio en concreto sino a los principios básicos en los que inspira la legislación –aun cuando ellas estarán reflejadas claro está en una o varias normas concretas– por lo que no es suficiente que una norma jurídica extranjera sea distinta u opuesta a otra del foro para que se pueda recurrir inmediatamente al Orden Público Internacional y rechazar su aplicación sino que tal oposición debe afectar a los cimientos mismos del sistema jurídico nacional o en términos de las modernas convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado debe ser manifiestamente incompatible.

## **LA SEGURIDAD JURÍDICA**

El Estado de derecho garantiza el pleno goce de los derechos subjetivos, siempre que no se desnaturalice los fines perseguidos por el legislador al efecto Roubier dijo que toda persona tiene la posibilidad de ejercer esas prerrogativas para cuya protección se halla investida de las acciones correspondientes.

Al respecto los juristas norteamericanos hablan de la predictibilidad en el obrar. Oliver Wendell Colmes concibió el derecho como un sistema de predicciones que permite anticipar la decisión judicial respecto de determinado proceder.

La comprobación de la existencia y disfrute de los derechos subjetivos está plenamente vinculada a la idea de su estabilidad o fijeza de manera que se sepa el lugar en una relación jurídica, respecto de otra persona (crédito) o de una cosa (derecho real) sin seguridad jurídica no podría saber el hombre a qué atenerse, va muy unida al concepto de derecho adquirido.

Al respecto el Código Brasileño de 1916 considera adquiridos los derechos que el titular puede ejercer (artículo 6) fue elevado a garantía constitucional en 1988 (artículo 5 párrafo XXXVI).

En el ámbito del Derecho liberal, el derecho se adquiere mediante su ejercicio en concreto, lo contrario es solo expectativa se debe pasar de la potencia al acto.

Allí aparece el comentario de Freitas al artículo 22 del Esboco “una vez que se hace uso de una prerrogativa, si esta tiene valor pecuniario se incorpora al patrimonio, sin que nadie pueda ser privado de la misma, a menos que esté comprometido el Orden Público o un interés general.

Sobre el mismo aspecto tenemos la consideración de la Corte suprema, en una jurisprudencia inveterada, sentó el criterio de que todo bien perteneciente a un patrimonio es una propiedad garantizada por la Constitución<sup>407</sup>.

Es necesario que exista firmeza a fin de que ni reine la incertidumbre en torno de la vida y el destino del hombre, esto significa que los seres humanos precisan de instituciones confiables para realizar en su plenitud.

---

<sup>407</sup> El Derecho no es sino el mejor elemento para utilizar adecuadamente los principios de estudio y de realización del sistema jurídico imperante dentro del marco que tiene un sistema que permita el funcionamiento de las más diversas instituciones del Derecho.

La vigencia de los derechos adquiridos se garantizan en dos principios esenciales; la irretroactividad de la ley y la autoridad de cosa juzgada.

Una demostración de esta garantía es el artículo 6 del C.C. del Brasil que textualmente dice “La ley tendrá efecto inmediato y general, respetando el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada”.

Otro problema es el tema de la vigencia de la ley el C.C. argentino prescribe en su artículo 3 “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes.

No tienen efecto retroactivo, sean o no de Orden Público, salvo disposición en contrario.

La retroactividad por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias” reforma del año 1968 por ley 17,711, inspirada por el jurista argentino Roubier.

La ley dispone para el futuro -Considerado así en el Derecho Romano y Canónico de igual forma el artículo 11 del C.C. italiano de 1940.

Todo lo contrario sucede en el ordenamiento penal C.P. argentino, artículos 2 y 5 del C.P. peruano de 1991.

En materia civil la irretroactividad civil no es dogmática pues existe excepciones, la ley se erige a futuro, lo anterior queda subsumido en la ley anterior. Lo que sucede cuando se da una nueva norma ocurre es que un conflicto temporal cuyo marco es aplicable de acuerdo a una determinada situación fáctica.

Al otro lado está la ley interpretativa, la irretroactividad debe ser usada con un criterio de principio que el Poder Legislativo puede o no tomar como obligatorio pues puede en algunos casos disponer contra la misma, también resulta una

pauta para los jueces, estos deben ceñirse al texto de la ley sin ubicarse en la otra orilla que describía muy bien Martínez Ruiz con la frase “sin llegar al exceso extremo de la creación judicial *ex nihilo* de las normas”.

Sería contrario a la seguridad jurídica que una nueva disposición legal tuviera el propósito de incidir sobre un contrato anteriormente celebrado, resolver una compraventa perfeccionada, extinguir una responsabilidad previamente establecida, anular una prescripción. Los hechos o actos que ocurrieron bajo la vigencia de la ley derogada no pueden ser modificados por una norma posterior sin detrimento de dicha garantía básica; al respecto Chironi desarrolló la teoría del hecho realizado.

No siempre predominó el principio de la irretroactividad de la ley es el caso de DUGUIT<sup>408</sup>, sin embargo hay que reconocer que existe un clima de inseguridad que no resulta gratificante.

En otro extremo se ubica la sentencia judicial firme que dio por terminado un conflicto de intereses aplicando una solución de carácter normativo, los derechos de las partes fueron establecidos en el fallo. Es de un valor pético siendo lo principal su carácter de inmutabilidad que sirve de defensa frente a cualquier conflicto ulterior entre los sujetos del proceso, si mediara el mismo objeto y causa de la litis. Virtualmente, tiene la cosa juzgada un valor para no permitir el caos social alterarse la paz social, así lo establece el artículo 1351 del Código Napoleónico de 1804.

Finalmente, existe materias en las que no funciona, como son la tenencia de hijos, los alimentos, las medidas cautelares; al respecto Couture explicaba que esto sucedió fundamentalmente por razones prácticas.

## VI.11. FORMAS DE LEGISLACION DEL ORDEN PÚBLICO

---

<sup>408</sup> Duguit León es uno de los más importantes sociólogos del Derecho que a través de la arista del conocimiento social del Derecho ha permitido aportar al desarrollo del mismo evento social modificadorio del Derecho.

Queda manifestada entonces la dificultad de legislar en un sistema conflictual de un Estado todas las alternativas de aquellas normas que disponen la aplicabilidad de leyes extranjeras fuera del ámbito de la excepción de Orden Público. Siendo que en los tratados internacionales se da el inconveniente de que cada uno de los signatarios puede dejar de lado leyes extranjeras de forma desigual y como consecuencia de ello que las leyes del foro de absoluta imperatividad varían uno de otros.

Haciendo imperativo que las normas de conflicto estatal y/o internacional se encuentren acompañadas de fórmulas de Orden Público o cláusulas de reserva lo suficientemente claras para ser un instrumento seguro para los juzgadores, recortando al mínimo el arbitrio de los operadores jurisdiccionales y/o arbitrales.

La ley de Introducción del Código Civil alemán inicialmente lo resolvió con un criterio acumulativo de una cláusula de reserva general y varias especializadas.

El Código Civil italiano de 1938 y el griego de 1940 se inclinan por una cláusula de reserva general establecida en términos muy amplísimos. Sin observar reservas especiales a los casos de aplicación de la ley extranjera.

Aparecen dos clasificaciones que son importantes señalar al efecto como cláusula de Reserva<sup>409</sup> –de posible aplicación a todos los casos de competencia normal de una ley extranjera– y Cláusulas Especiales de Reserva para todos los casos o para los más frecuentes de estos casos.

## **COMO CLÁUSULA DE RESERVA GENERAL**

En este orden de ideas se habla también del Orden Público como cláusula de reserva (Zitelmann).

---

<sup>409</sup> Los Códigos Civiles del mundo han permitido una grave distinción entre lo que significa el planteo de la cláusula de reserva general y de las cláusulas de reserva especial.



Significa que la norma de importación declara aplicable el Derecho extranjero, el cual lógicamente no es de conocimiento del legislador nacional el mismo que a pesar que pudiera conocer al dictar su Derecho Internacional Privado todos los derechos civiles de todo el mundo vigentes a la fecha, no puede abarcar por muchas posibilidades que les concedamos, los derechos futuros que habrán de aplicarse en algún momento, es allí donde el legislador nacional debe se preste un retiro, al efecto mediante una reserva: la llamada cláusula de reserva. Es decir forma parte expresa o tácita de toda norma de importación.

RAAPE<sup>410</sup> grafica este asunto con la frase “A la puerta que da al extranjero pertenece el cerrojo que en su caso la cierra” Que ley que contraviene el Orden Público es analizada por el Juez. Usando su criterio discrecional el Juez aplica los principios de Orden Público. Se trata de un límite genérico a la aplicación del Derecho extranjero.

Frankestein la denomina también como cláusula de reserva absoluta, que es la que el legislador impone a sus jueces siempre y en todo caso; pueden ser de dos clases: ilimitadas cuando rigen para todos y en todo el territorio y limitadas o por razón de personas o por razón de territorio, son personalmente o territorialmente limitadas y consisten en que el Juez no deberá aplicar el Derecho extranjero a los ciudadanos de su Estado o dentro del territorio de su Estado.

La norma que la contiene es una verdadera colisión de leyes del mismo modo que las demás normas de Derecho Internacional Privado, sin embargo, no es una norma independiente, sino que está incluida entre ellas, a manera de excepción al principio que aparece en cada una de ellas sobre la ley aplicable.

Se puede originar, en algunas ocasiones que la exclusión del Derecho extranjero determine la aplicación por lagunas ocurra que se usen disposiciones sustantivas.

---

<sup>410</sup> RAAPE. “Derecho Internacional Privado”. Tomo I. 1938. 12 -11. Pág. 60.

Al respecto la doctrina expresada por Lewald, Nussbaum y Wolff expresa que la solución debe ser resuelta con el propio Derecho extranjero aplicable debido a que la cláusula de reserva es excepcional y afecta únicamente a determinadas normas de ese derecho sin que el impedimento sea extensivo a todos los demás.

Se señala que solo cuando no exista ninguna posibilidad de congruencia entre las dos legislaciones deberá hacerse uso del Derecho Interno.

Khan también señala que el Orden Público actúa a modo de cláusula de reserva, lo que significa que dado lo imperativo de la norma conflictual de aplicar la ley extranjera si esta es contraria al Orden Público por excepción no debe aplicarse.

Aparecen en el artículo 4 de los Protocolos Adicionales artículo 14 inc. 2 del Argentino tienen una peligrosa amplitud.

YANGUAS<sup>411</sup> respecto a la cláusula de reserva dice “La cláusula de Reserva es una especie de válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos. Su naturaleza consiste en ser una excepción a la comunidad de derecho”.

VALLINDAS YANGUAS<sup>412</sup> al respecto al respecto de este planteamiento propone “que no es justo que la reserva de Orden Público sea contenida en cuadros legislativos rígidos, sino que por el contrario, debe gozar de la suficiente flexibilidad para que puedan ser tenidas en cuenta todas las circunstancias de cada caso antes de decidir su aplicación a él. La elasticidad del Orden Público es indispensable para su buen funcionamiento, pues gracias a ella, se pueden reducir al mínimo los supuestos en que tengan que intervenir, mientras que las reservas especializadas hacen más frecuente la puesta en juego de la excepción”.

---

<sup>411</sup> YANGUAS MESÍAS. “Derecho Internacional Privado. Editorial Tecnos. Madrid, España. Págs. 308-309.

<sup>412</sup> VALLINDA. “Los principios de la elasticidad de la reserva del Orden Público entre las reservas especiales”. Revista de derecho Internacional”. 1950. Págs. 1958 y 1959.

Hay que notar que la experiencia es contradictoria por cuanto se da el presupuesto que el propósito no es por el lado de las reservas especiales sino por el lado de una de reserva general, que por lo demás no falta en ningún sistema estatal de derecho conflictual. En todos estas circunstancias las cláusulas especiales no solo no sirven para cancelar supuestos de aplicación del Orden Público, sino que imponen de una manera apriorística la exclusión de la ley extranjera en ciertas hipótesis en que solo las circunstancias de cada pleito podrían aclarar si esta aplicación era o no intolerable.

### **COMO CLÁUSULAS ESPECIALES DE RESERVA**

El Instituto de Derecho Internacional en 1910 señaló que nadie discute la legitimidad con que el Juez declara inaplicable un Derecho extranjero en los casos extremos de radical oposición al sentido moral de su pueblo sino la posibilidad de un ejercicio abusivo de esta facultad pueda darse en supuestos distintos el aprisionar las posibilidades de intervención del Orden Público en cláusulas especiales resultaría preferible para evitar el desmesurado uso de esta excepción y evitando así que la misma puede trocarse en una regla y no como inicialmente fue concebida.

En los tratados sobre los conflictos de leyes, dado lo concreto de su materia parece más fácil la inserción de cláusulas especiales de reserva, sin embargo, debe anotarse lo sucedido con las conferencias de La Haya no lograron esta finalidad en materia sucesoria.

En cambio en Derecho de Familia el Convenio<sup>413</sup> del 12 de junio de 1902 en materia de Matrimonio reguló en su artículo 2 las siguientes reglas:

“La ley del lugar de celebración puede prohibir el matrimonio de los extranjeros que fuese contrario a sus disposiciones concernientes:

1. A los grados de parentesco o de afinidad para los cuales hay una prohibición absoluta.

---

<sup>413</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Alegría. “Las Convenciones de La Haya”. 1956-1970.

2. A la prohibición absoluta de casarse, dictada contra los culpables de adulterio en razón del cual el matrimonio de uno de ellos ha sido disuelto.
3. A la prohibición absoluta de casarse dictada contra personas condenadas por haber atentado de concierto contra la vida del cónyuge de una de ellos.

En el artículo 3 del citado Convenio se esbozan las concepciones morales del país de celebración del matrimonio se imponen en otro supuesto así:

“La ley del lugar de celebración puede permitir el matrimonio de los extranjeros no obstante las prohibiciones de la ley indicada en el artículo 1 –la nacional de cada uno de los futuros esposos– cuando estas prohibiciones están exclusivamente fundadas en motivos de orden religioso. Los otros Estados tienen el derecho de no reconocer como válido el matrimonio celebrado en estas circunstancias”.

Se puede hacer ver la situación de los denominados matrimonios claudicantes, válidos en el país de su celebración, nulos en el país de origen de los contrayentes y que indistintamente se pueden considerar eficaces o ineficaces por terceros Estados.

Sin embargo, el discurrir de la historia del convenio demuestra que las cláusulas especiales de Orden Público no pueden ser muy precisos en la exclusión de leyes extranjeras en otros casos no previstos en el convenio.

En el caso de las leyes alemanas de Nüremberg de 1933 prohibitivas de matrimonios arios y judíos se planteó el tema de su aplicación en territorio de Alemania. Interpretación literal del artículo 3 del convenio que autoriza a descartar los impedimentos de orden religioso, no permitiría incluir en esta excepción el imperio de la ley nacional la prohibición de Nüremberg. Sobre la base de una diferenciación racial, lo que en unión con las doctrina de las reservas especiales de Orden Público impiden el funcionamiento de este en los casos no previstos conduciendo a la conclusión de que los países ligados por la convención tendrían que respetar el impedimento de Nüremberg.

La cuestión se planteó en Holanda vinculada por el Convenio de 1902 e Inglaterra que no lo estaba, en ambos Estados se consideró las leyes de Nuremberg<sup>414</sup> contraria al Orden Público por estar contra una moral cristiana y occidental.

En otros sistemas jurídicos se prefiere señalar cuáles son los principios de Orden Público que no pueden ser contravenidos.

Su limitación se concreta a una determinada materia, Frankenstein la denomina también como cláusulas de reserva relativa que son aquellas cláusulas que suponen en el juez una valoración comparativa entre el Derecho interno y el derecho extranjero aplicable en el que la justicia puede inclinarse de una u otra parte según las ideas reinantes en un Estado absoluto.

Pormenorizan la Cláusula General el artículo 9 incs. 1 y 2 de la Ley 2393 argentina codifica exhaustivamente el impedimento del parentesco.

Sin embargo como lo señala MIAJA DE LA MUELA, A.<sup>415</sup> “A pesar de la posibilidad de casos como el citado –Holanda, Alemania– de países ligados por convenciones que contienen la expresión del Orden Público en cláusulas especiales, en el aspecto diplomático, este sistema es preferible al de una cláusula general que, al ser susceptible de diferente interpretación a través de las concepciones de Orden Público de cada uno de los Estados signatarios, reduciría a la nada la obligación adquirida por estos de aplicar leyes extranjeras”.

Y siguiendo con el mismo autor se puede decir que: “En cambio, dentro de las normas de conflicto estatales, la reserva general es más fácilmente aplicable, puesto que todos los jueces que tengan que hacer uso de ella están sujetos a las mismas convicciones de tipo moral, aunque haya que mostrarse bastante diletantes respecto de la esperanza de VALLINDAS de que el mayor arbitrio judicial que la cláusula general permite respecto a las especiales conduzca siempre a la reducción progresiva de la excepción de Orden Público.

---

<sup>414</sup> Nüremberg es el caso más sintomático de leyes que se producen por razones de carácter violatorio de muchas leyes tanto de orden adjetivo como sustantivo pero que tuvieron como marco de legitimación el carácter universal de las mismas.

<sup>415</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 397, Citado por Lewald Revista de Derecho Internacional Privado”. Pág. 195.

## Cap. VII. EFECTOS DEL ORDEN PÚBLICO

Se plantea una diferente clasificación así encontramos de un efecto general, un efecto atenuado.

### **Efecto General**

Que se da cuando la ley del foro sustituye a la ley extranjera competente. También se asimila con la calificación de efecto negativo, el Derecho extranjero que conduce a un resultado incompatible con el Orden Público del foro es descartada o excluida, es plantear la evicción de la solución dada por la *lex causae* extranjera. Lo que también se considera que es a su vez un efecto positivo, al darse la salida de la *lex causae*, fundada en la incompatibilidad del resultado con un principio de Orden Público del foro, la cláusula de excepción agota sus efectos por haber alcanzado su finalidad.

En algunos casos cuando se da la inexistencia del Derecho subjetivo manifiesto en la ley o en la sentencia se tiene una respuesta suficiente, allí está el caso de que algunas sentencias extranjeras impiden casarse a un divorciado hasta después de un año de obtenido el divorcio y/o cuando se presenta el exequátur sin que haya reexaminado la causa.

En materia de derecho aplicable se requiere de la solución del fondo de la demanda por el juez nacional, en la mayor de parte de los sistemas de Derecho Internacional Privado se tiene que en el derecho positivo el Orden Público es conducente a la evicción de la *lex causae*, produciendo la aplicación de la ley interna del foro, la misma que puede estar en una regla material del foro, debiendo quitarle solo a la *lex causae* el elemento incompatible con el Orden Público del foro. Lo cual es en realidad una regla de Derecho Internacional Privado material del foro concretizada por un proceso de adaptación con el propósito de aproximar el derecho del foro a la *lex causae*. Es una aplicación de la regla especial en el lugar de la ley interna del foro presenta un interés limitado raramente reconocido en Derecho positivo.

En el Derecho interno al decir que una regla es de Orden Público, significa que no tolera una convención interna, si las hubiera son nulas, por lo que se trata de la ley imperativa allí aparece el artículo V del Título Preliminar del C.C. Peruano “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al Orden Público o a las buenas costumbres” al respecto Marcial Rubio Correa<sup>416</sup> dice “El Orden Público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema positivo y de los principios subyacentes a tales normas susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación”. A continuación señala que alude a las leyes que interesan al Orden Público, con lo cual la interpretación literal nos remite a normas de carácter imperativo y el segundo criterio es sobre la existencia de normas imperativas dentro del C.C. ejem. Es los artículos 689°, 1354°, 1356° y 2096° en los cuales la expresión normas imperativas podría ser intercambiada por la de Orden Público”.

En lo cual cabe estimarse que en Derecho Internacional Privado el Orden Público es para no permitir el ingreso de las leyes extranjeras siendo diferente la noción que aparece en la parte del Título Preliminar del C.C. peruano.

De allí que es ocioso preguntar respecto así el estado de las personas es de Orden Público, carece de objeto si no se establece si trata de Orden Público interno o de Orden Público internacional privado, al efecto debe señalarse que no siempre el estado de las personas es de Orden Público en derecho interno porque lógicamente no se puede derogar las normas sobre la materia lo que no significa que el estado de las personas es de Orden Público en Derecho Internacional Privado. Es decir que cabe afirmar que el Orden Público es diferente en el Derecho interno y en el Derecho conflictual. Siendo que se puede señalar el apotegma de que si bien toda norma de Orden Público internacional lo es de Orden Público interno, esto no sucede a la inversa, pues el Orden Público internacional no protege a todo el Orden Público interno, es

---

<sup>416</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “Para leer el Código Civil”. III. Págs. 100-101.

decir, que hay reglas imperativas del foro, que pueden ser tolerados en el derecho conflictual permitiéndose la aplicación de la ley extranjera.

Debe hacerse notar que la ciudadanía siempre está pendiente de la norma imperativa antes que de la facultativa, y sobre todo de aquella norma que opera en un estado nacional sobre la ley extranjera.

MIAJA DE LA MUELA<sup>417</sup> señala que es difícil “Establecer que normas imperativas en derecho interno privado quedan inaplicadas cuando una ley extranjera es competente según la regla de conflicto y cuales otras, aún en este supuesto no han de ser descartadas”.

Desde el punto de vista interno, tan imperativa es la norma que señala la legítima de los hijos como la igualdad de derecho entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, la primera cuestión es imperativa en las sucesiones de derecho interno, mientras que un tribunal peruano no podrá hacer distinción porque lo impide el sistema jurídico.

Tenemos en primera instancia el efecto negativo que ocurre cuando se da el rechazo a la ley extranjera por así preverlo la norma de colisión; es el caso de la traslación de los bienes de la masa hereditaria en forma absolutamente libre que se da en el sistema anglosajón contraviniendo el Derecho peruano que establece el derecho de herencia de los herederos forzosos lo cual no será posible aplicarse, deviniendo en un efecto puramente negativo.

Goldschmidt, sostiene la tesis de que el Orden Público causa un doble efecto, un efecto negativo y un efecto positivo, porque sucede que la negativa del juez genera un efecto sustitutorio, pues se deberá aplicar una norma del foro que resulte pertinente.

---

<sup>417</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 382-384.



Lo cual en cierto modo implica que el Juez deberá basar su negativa en una norma de su ordenamiento jurídico.

Y este rechazo puede partir de la aplicación y/o efecto sea de una norma de conflicto o de una norma inmediata, pero tampoco sucede una sustitución monda y lironda sino que se trata de una ordenación de la norma del foro.

Tampoco se puede decir que el efecto negativo sigue el pretendido efecto positivo, pues puede suceder que el proceso sea inverso.

Al darse el efecto positivo sustitutorio de la ley extranjera determinada inaplicable por ley interna de un Estado. Es decir el caso que el juez considere como contrario a su Orden Público procediera a no aplicar la ley extranjera pero si la decisión no va más allá puede observarse que el resultado es idéntico a si lo hubiese aplicado siendo el caso este cuando el efecto negativo ha de seguir el efecto positivo.

Al efecto Niboyet<sup>418</sup> señala “si la ley del tribunal prohíbe no hay más que un simple efecto negativo y si dicha ley ordena, hay, primero un efecto negativo y luego un efecto.

De tal modo que siempre que la ley extranjera aplicable según la norma de conflicto contrasta fuertemente con las convicciones morales imperantes en el país del foro, se da un efecto negativo la eliminación en aquel supuesto de la ley extranjera que debía regirlo, a su lado siempre se puede dar un efecto

positivo, aplicándose la ley material del foro, en sustitución de la extranjera inaplicable, finalmente NIBOYET, prescindió de ambos planteamientos a propósito de evitar que el efecto negativo pudiese ser confundido, en el sentido de que algunos supuestos en su aplicación carecería de efectos.

---

<sup>418</sup> NIBOYET, Jean Paul. “Principios de Derecho Internacional Privado”. Pág. 412.

Se da el caso que en ocasiones el Orden Público produce simplemente la no aplicación del derecho extranjero y otras además su sustitución por las leyes materiales del foro. El primer efecto se da siempre que interviene el Orden Público, el segundo no es absolutamente necesario.

Sin embargo como dice GOLDSCHMIDT no se trata de un efecto positivo o negativo<sup>419</sup> sino de un resultado negativo o positivo de su intervención cuando el derecho extranjero concede una facultad –la de divorciarse, por ejemplo– el Orden Público produce el resultado negativo de impedir el ejercicio de esta facultad, si el derecho extranjero niega una facultad –por ejemplo, la de impedir la anulación de un matrimonio civil cuando uno de los cónyuges estaba unido con otra persona canónicamente– el Orden Público produce un resultado positivo de aplicar la ley material del juez que autoriza el ejercicio de la citada facultad. En ambos sentidos lo normal es que en sustitución del derecho extranjero de contenido intolerable para el foro se aplique la ley de este, es decir, que el Orden Público produzca los dos efectos que NIBOYET llamó positivo y negativo.

Deberán citarse algunas sentencias en las que no fue descartada totalmente la sentencia extranjera competente y en cambio de aquellos preceptos contenidos en ella contrarios al Orden Público del Juez, fueron aplicados otros de la misma legislación extranjera. Al respecto puede mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo Alemán del 19 de diciembre de 1922 que respecto a una regla suiza que considera imprescriptible un crédito, criterio contrario al Orden Público alemán, aplicó el más largo de los plazos de prescripción contenidos en el derecho helvético. Lo que significa que no se trata de una aplicación del derecho suizo sino de una solución contraria a lo de la imprescriptibilidad del crédito en cuestión que era la regla normalmente aplicable al caso.

Aun cuando dándose el efecto positivo, se ha señalado como ley supletoria de la extranjera rechazada, la ley correlativa del foro –lo que en realidad, es la

---

<sup>419</sup> Los efectos negativo o positivo del Orden Público son de carácter principalmente de resultado de la aplicación de la propia institución en su propósito de asegurar el sistema jurídico.

costumbre– siendo posible que esta ley sustitutoria pueda perfectamente hallarse dentro del orden jurídico extranjero, pues como se puso en evidencia el Orden Público no es contra todo el ordenamiento extranjero sino contra la norma en concreto. Surge entonces el siguiente presupuesto que a una obligación en concreto se deba aplicar la ley del Estado X sobre prescripción de acciones y en este sistema jurídico estas obligaciones son de carácter imprescriptible lo que sería de Orden Público para el Juez del foro, este procedería a no aplicar dicha ley, pero bien podría sustituirla por la norma del ordenamiento extranjero que regulase la prescripción con carácter general y si no existiría entonces pasaría a dar efecto positivo al Orden Público aplicando las reglas correspondientes a esa clase de obligación o la general contenidas en su *lex fori*.

En el caso que se de la aplicación sustitutoria de la *lex fori*, esta deberá efectuarse de acuerdo a los límites planteados por el propio Orden Público hacerla más amplia implicaría una violación como lo señala LAGARDE<sup>420</sup> de otro lado se tiene que la sustitución en el efecto positivo, no debe darse solo cuando la norma extranjera concreta sea contraria al Orden Público del foro sino que también no siéndolo se encuentre muy unida a otra u otras que si lo sean formando todas un conjunto indivisible.

Se plantea en este extremo la preocupación de BATIFFOL que señalaba la solución bastarda que estimaba se daba cuando se hacia bordear el Orden Público del foro lo que puede originar un sentido opuesto y al espíritu de la ley específicamente establecida por la norma de colisión del foro.

BADIALI<sup>421</sup> le llamaría a esta situación jurídica como una aplicación desnaturalizada, y nos habla que el efecto negativo como primario –sería directo (rechazo de la norma extranjera)– y el efecto positivo como secundario –también se denominaría indirecto– regulación del caso por la ley sustitutoria, la del foro.

---

<sup>420</sup> LAGARDE. “Revista de Derecho Internacional Privado”. Págs. 212 -215 -217.

<sup>421</sup> BADIALI. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 282

También PILLET planteó el llamado efecto reflejo del Orden Público, que se entiende como el respeto que se da en un tercer estado a los derechos adquiridos sobre la base de la ley de Orden Público de otro país.

Si el Juez del foro tuviera que aplicar el Orden Público extranjero se podría presentar la hipótesis que no aplicaría una norma de su propio ordenamiento. La doctrina francesa NIBOYET, BATIFFOL, LOUSSOUARN plantean su razonamiento en torno al siguiente caso: En una circunstancia en que el derecho de un Estado X prohibía la celebración de matrimonio entre personas de diferente religión dos personas nacionales del Estado X celebran su matrimonio civil en un país Y de acuerdo a las prescripciones del país Y por estimarse contraria al Orden Público del estado Y la norma prohibitiva del Estado X dado que el Orden Público del estado Y es contraria a cualquier discriminación ya sea de carácter religiosa o racial. Ese matrimonio se establece en un Estado Z, en el supuesto que se plantease la duda de si es válido o nulo –Qué solución se daría– se tiene que el matrimonio es nulo si el Orden Público del foro no coincide con el Orden Público del país donde se ha creado la relación jurídica válidamente por aplicación de ese Orden Público, pues los derechos adquiridos no se reconocen más que si han sido regularmente adquiridos, es decir, conforme a ley competente según el sistema de colisión del foro. Sin embargo, si los criterios de Orden Público son concordantes, nace la inquietud, como no considerar la validez del matrimonio por no haberse tenido en cuenta en el Estado Y las normas del Estado X, lo que implica que si hubiera celebrado en el Estado Z estas habrían sido igualmente rechazadas como contrarias al Orden Público del Estado Z.

LOUSSOUARN ha planteado que el efecto reflejo del Orden Público en Francia es defendida por la tendencia doctrinal más moderna defendido por BARTIN, LEREBOURS-PIGEONNIERE, en el sentido que por ningún motivo el juez del foro debe tener en cuenta el Orden Público extranjero de lo que se puede colegir que no habiéndose creado la relación jurídica con arreglo a la ley regularmente competente según las normas de colisión del foro, ningún efecto puede reconocerse en el foro a tal relación o situación.

Tenemos el efecto atenuado del Orden Público al cual PILLET lo denominó efecto parcial del Orden Público siendo usada la primera expresión por BATIFFOL aunque GRAULICH la atribuye a NIBOYET y también la terminología fue consagrada por el Tribunal de casación francés en sentencia del 07 de Enero de 1964. El efecto atenuado pone de manifiesto en cada caso la proporción en que ha sido aplicado el Orden Público por el juez del foro sea ante el reconocimiento o eficacia de derechos adquiridos en el extranjero.

Se puede decir entonces que el efecto atenuado, ocurre porque no puede crearse un derecho en el extranjero contrario al Orden Público, sin embargo dada su determinación no hay ningún inconveniente, existe en el lugar del Foro para reconocer los efectos de dicho derecho ya creado a condición de que estos efectos no sean contrarios al Orden Público.

Allí aparece el pasaje contenido en la sentencia del Tribunal de Casación francés del 17 de Abril de 1953 –caso Riviere–. “La casación frente a una disposición contraria al Orden Público no es la misma, según se trate de obstaculizar la adquisición de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y de conformidad con la ley competente en virtud del Derecho Internacional Privado francés”.

Existe el ejemplo de que cuando existe una autorización de la poligamia en un Estado X, siendo que no puede pedir o celebrar un nuevo matrimonio en un Estado Y por contradecir el Orden Público sin embargo no puede esto significar que no se pueda pedir alimentos si la legislación del Estado y lo permite, también sucede que si la ley del foro prohíbe la indagación sobre la paternidad, es posible sin embargo admitir una demanda de alimentos de quien sin fraude ha sido declarado hijo del alimentante, en decisión extranjera. En lo referente a divorcio es posible aun estando prohibido en el Estado del foro reconocer el estado de quien, sin fraude, ha obtenido el divorcio en el extranjero y admitir que celebre nuevas nupcias en el país.

Se puede establecer de otro lado que el efecto atenuado del Orden Público es de aplicación en el estatuto personal, al respecto GRAULICH dijo el Orden Público se atenuaría en beneficio de conservar para el estado de las personas una cierta permanencia; asimismo, se debe tener presente que no tiene carácter general, su aplicación es asistemático tampoco es automática. Lo que si fuera así significaría el Orden Público es irrelevante dado el reconocimiento de un derecho en el extranjero.

LOUSSOUARN Y BORUEL<sup>422</sup> indica que el Juez “puede perfectamente estimar que en un caso dado, debe en nombre del Orden Público no reconocer los efectos en Francia de una situación creada en el extranjero” se da el caso del divorcio puede ocurrir que una causal reconocido en el extranjero puede ser integrada en otra que es semejante.

Dada la circunstancia de que existen dos medidas del Orden Público una para creación de derechos y otra para el reconocimiento de eficacia a los ya adquiridos LOUSSOUARN Y BOUREL la primera obligación es más grave que la segunda; resulta que la opinión pública es muy sensible frente a la autorización a extranjeros en el Estado de algo que está vedado a los nacionales que ante la invocación de situación, a determinados efectos, surgidos fuera de los límites estatales y que son apreciados como algo lejano.

En Italia BADIALI plantea que en esos casos que el bien tutela el Orden Público del foro no sufre ningún peligro de otro lado VITTA indica la diferencia existente entre una acción directa y una indirecta lo que implica hacer y reconocer lo ya hecho por otros en el extranjero dentro del ámbito de sus competencias.

### **EFFECTO ATENUADO**

Es aquel que ocurre cuando el Orden Público confronta con los derechos adquiridos, el Orden Público no tiene la misma extensión que la adquisición de

---

<sup>422</sup> LOUSSOUARN y BORUEL. “Droit International Privé”. Págs. 358.

un derecho por la aplicación de una ley extranjero que el respeto en el país de un derecho adquirido en el extranjero.

Se señala al respecto del caso de un árabe que tiene una unión poligámica donde los países occidentales no aceptaría jamás el reconocimiento a esa unión poligámica, sin embargo ocurre que al darse la sucesión del mismo este es reconocido en el caso de los hijos de esa unión poligámica, aunque autores como Armijos, Knapp, y Tudela han rechazado señalando que existe una especie de unidad de efectos del Orden Público.

Para gran parte de los tratadistas, el Orden Público no es tan obligatorio en lo que concierne a los efectos de los derechos adquiridos en el extranjero que en lo que atañe a la adquisición de esos mismos derechos, siendo esto el efecto atenuado.

BATIFFOL HENRI, LAGARDE PAUL<sup>423</sup> señalan como clásica una sentencia de 1860 de la Corte de Casación francesa, la misma que se dio cuando el divorcio no era admitido –prohibido– en Francia, sobre si un extranjero divorciado en el extranjero puede casarse en Francia.

La referida sentencia admitió la posibilidad del extranjero divorciado a volverse a casarse en Francia.

La misma Corte en 1953 suscribió la tesis general como producto de la anteriormente mencionada jurisprudencia que dice “La reacción frente a la disposición contraria al Orden Público no es la misma si se trata de la adquisición de un derecho en Francia, o si trata de dejar de producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente en virtud del Derecho Internacional Privado francés”.

Se manifiesta un efecto atenuado, es ostensible en los casos graves, al efecto debe tomarse en cuenta que la misma Corte en los casos de expropiaciones

---

<sup>423</sup> BATTIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 424-426.

sin indemnización realizadas en el extranjero son rechazadas como consecuencia que el Orden Público francés desconoce las confiscaciones.

En realidad el Orden Público posee una esfera de eficacia puramente estatal; los Estados no pueden tener en cuenta más que su propio Orden Público y no de un país distinto.

## **EFEECTO REFLEJO**

Validación de un derecho adquirido en el extranjero como consecuencia del Orden Público local.

PILLET habla del “efecto reflejo del Orden Público” que recogen NIBOYET<sup>424</sup>, BATIFFOL<sup>425</sup> al efecto usan el matrimonio de dos polacos de religión diferente celebrado en Bélgica, autorizado por la intervención del Orden Público belga que rige por la ley nacional la capacidad para contraer matrimonio. Un tribunal francés cuyo Orden Público es coincidente con el de Bélgica, admitirá la validez de ese matrimonio por el efecto que refleja el Orden Público extranjero, idéntico en este punto concreto al del foro.

Lo que ocurre es que a pesar de los tratados internacionales, los estados ostentan un Orden Público nacional, por lo que siempre se ha dicho que se debe rechazar todo valor a un derecho adquirido en el extranjero en virtud del Orden Público local.

BARTIN<sup>426</sup> es el primero en plantear el efecto reflejo en 1922 partiendo de la jurisprudencia belga, al respecto usa el caso de dos polacos con religiones diferentes que se casaron en Bélgica, la ley polaca de la época prohibía el matrimonio interconfesional salvo dispensa legal, lo que se considera en Bélgica una discriminación por lo que el matrimonio se celebra sin dispensa alguna, dándose el caso que el marido luego plantearía la nulidad del matrimonio en Francia por no haberse aplicado la ley polaca, que como ley nacional regía el matrimonio.

---

<sup>424</sup> NIBOYET. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Págs. 572-575

<sup>425</sup> BATTIFFOL. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 461-462.

<sup>426</sup> BARTIN Etienne. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 254-256.



En Francia surgió –al respecto– dos posiciones BARTIN y LAREBOURS-PIGEONNIERE, señalaron que el Orden Público nacional, y los tribunales franceses no les es dado hacer respetar el Orden Público belga y como quiera que los polacos casaron en contra de su ley nacional su matrimonio era nulo.

En el otro lado PILLET y NIBOYET dijeron que era un resultado contradictorio pues el Orden Público francés tiene la misma concepción del Orden Público belga, pues si los mismos polacos hubieran decidido casarse en Francia este sistema hubiere actuado en el mismo sentido y admiten un efecto reflejo del Orden Público belga en el Orden Público francés toda vez que son idénticos lo que determina la existencia de un efecto reflejo del Orden Público francés por intermedio del Orden Público belga.

### **EL ORDEN PÚBLICO COMO EFECTO.**

En efecto<sup>427</sup> no existe Orden Público genérico sino un concepto de “interés general”, que es en realidad el que da vida a los dos efectos “Orden Público”. No es en realidad un problema de estrictez en la aplicación desde el ángulo de la cantidad de casos que se resuelven. La operatividad del efecto es una cuestión totalmente al margen de un problema cuantitativo.

Es decir, la relación entre el interés general y los órdenes públicos es una relación de causa a efecto en tanto que para el maestro Vico es una relación de género a especie.

### **LOS USOS JURÍDICOS Y EL ORDEN PÚBLICO**

La limitación del sistema jurídico extranjero conectado por la norma de conflicto nacional no es incondicional, los operadores del derecho lo imitan a condición de que respete el “espíritu de la legislación” del Estado nacional<sup>428</sup>.

<sup>427</sup> En realidad establecer que el Orden Público es un efecto significa establecer que se trata de un mecanismo de desarrollo de distintos planteamientos de orden doctrinario.

<sup>428</sup> El Orden Público está destinado a preservar no solo el sistema jurídico nacional de un determinando Estado sino también ha establecer claramente la defensa del espíritu jurídico de ese sistema.

Los principios del Derecho Peruano intervienen como “cláusula de reserva” contra las soluciones del Derecho Extranjero, es decir, funciona como excepción a la aplicación del Derecho Extranjero, funcionando como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, lo cual significa que si se ofende la cláusula de reserva, que síntesis de los principios del Derecho argentino, la proyectada imitación del uso jurídico foráneo no se actualiza.

Ahora la incompatibilidad con el “espíritu de la legislación” debe surgir de la lesión a principios generales inferidos de normas positivas de la legislación. Pudiéndose afirmar que no es suficiente la contradicción con una norma o disposición particulares si no se contradice un principio y cabe establecer que este grave vacío depende en gran parte de que los principios generales tienen bastante “vaguedad” produciendo hesitaciones en los límites de los principios. Lo que se puede esbozar es que a partir que una prescripción liberatoria sea más breve o más larga la norma peruana no confronta con el principio de la prescriptibilidad. Siendo que el problema es el cuántum en su conciliación con el principio. Sin embargo, una grave distinción en lo referente al plazo de prescripción puede indicarnos una finalidad diferente de la prescripción que ataca su “entidad espiritual”. El mismo fenómeno ocurre con la legítima en derecho de sucesiones en lo referente al cuántum de sus porciones, sin perjuicio de señalar que su proporcionalidad es racional en el nivel del Derecho comparado.

Es decir, se puede afirmar que las cuestiones formales no ofenden nuestro Orden Público.

Sucede que respecto a la ley inglesa que mantiene la patria potestad de la madre que contrae nuevo matrimonio sobre los hijos del primer matrimonio, no ha sido juzgada contraria el Orden Público peruano por cuanto así se demuestra en la jurisprudencia, no siendo aún muy claro, discutiéndose si la

---

acción de simulación de los actos jurídicos es o no prescriptible. Cabe dudar si entonces una norma positiva configura la expresión de un principio relativo al “nuevo espíritu de la legislación”.

En cambio los principios de la Constitución Nacional pueden resultar excluyentes de soluciones foráneas que los desvirtúen. Ahí está la influencia del principio de defensa en juicio sobre la distribución irrazonable de la carga de la prueba W. Goldschmidt<sup>429</sup>.

En cuanto la jurisprudencia alemana somete el derecho conflictual alemán y los derechos privados extranjeros en su aplicación concreta a los derechos fundamentales de la Bundeversfassung; así tenemos a Eric, Jayme Staatsverträge Zum I. Pr., 1975, págs. 7 y stgs.

También Tito Ballarino<sup>430</sup>, de igual forma Alicia M. Perugini de Paz y Geuse y Raúl A. Ramayo “Constitución nacional, Derecho extranjero y Orden Público” La Ley 1978-D-95; así también Rui M. G. Moura Ramos <sup>431</sup> “Derecho Internacional Privado y Constitución” Coimbra 1979. Finalmente Werner Goldschmidt<sup>432</sup>.

Tenemos el caso del valor patrimonial de la cosa juzgada frente a una ley extranjera que impide la cosa juzgada extranjera recreando un impedimento dirimente para contraer matrimonio. Debe tenerse presente la obra de Antonio Boggiano<sup>433</sup>.

¿Integran los principios de Derecho Internacional Público el Orden Público de los estados nacionales” así si una ley extranjera que prescribe la expropiación de bienes de particulares de un país sin indemnización? ¿Podrá ser rechazada como contraria al Orden Público de un país distinto del país expropiado?, allí el

<sup>429</sup> GOLDSCHIMDT, Werner. “Jurisdicción y Carga de la Prueba en matrimonios Internacionales”. E.D. 62. Págs. 287 y 291.

<sup>430</sup> BALLARINO, Tito. “Constitución y Derecho Internacional Privado”. Pág. 121, tomado de “La Noción del Orden Público Internacional”, Jorge Basadre Ayulo. Pág. 225.

<sup>431</sup> MOURA RAMOS, Rui M. “Derecho Internacional Privado y constitucional”, Estudios privatistas internacionales. 1969. Págs. 271 y stgs

<sup>432</sup> GOLDSCHIMDT Werner. “Derecho Internacional Privado y constitucional”. Estudios privatistas internacionales. Págs. 271 y stgs.

<sup>433</sup> BOGGIANO, Antonio. “Doble Nacionalidad en Derecho Internacional Privado”. Abeledo Perrot Buenos Aires. Pág. 203.

principio del enriquecimiento injusto sería lesionado, siendo entonces relevante la cuestión de la gradualidad del injusto enriquecimiento, pero principios generales comunes al Derecho Internacional Público y al derecho interno.

Sin embargo, la independencia de los Estados y/o la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, lo que resulta relevante es conocer si una violación de ellos contraria al Orden Público en el Derecho internacional Privado de los estados nacionales.

La “Cláusula General” es opuesta a una configuración casuística del supuesto de hecho, se caracteriza por el alto nivel de generalidad con que se refiere a la realidad de los casos. Lo que no se puede determinar una “media altura” de generalidad. Es pues la “cláusula general” de Orden Público se entiende la “cláusula de reserva” lo que habría que interpretar cuál es el espíritu de la legislación, lo que implica averiguar por las concepciones sobre el espíritu de Hegel<sup>434</sup> y Hartmann, pero con la atingencia que también será difícil determinar una validez general para esas pautas de interpretación.

Las transformaciones sociales, las modificaciones de las concepciones políticas, morales y sociales que se van depositando lentamente en los puntos de legislación, rodean las normas y principios antiguos de tal modo que no cesan de incidir sobre ellos hasta su absorción.

---

<sup>434</sup> HEGEL J.G. F. “Filosofía del Derecho”. Editorial Ariel. Madrid, España. Pág. 181.

## Cap. VIII. Perfiles de la categoría del Orden Público

### CARACTERES DEL ORDEN PÚBLICO COMO CATEGORÍA JURÍDICA

#### Es Autónomo

Es un concepto autónomo, distinto e independiente de las normas jurídicas, pueden ser Orden Público si comprometen los principios aludidos pero no deben identificarse las normas con principios que lo inspiran. Se asienta sobre el espíritu de algunas reglas de Derecho positivo les confiere una jerarquía superior en relación a las demás reglas jurídicas; pero lo hace en un determinado momento, de acuerdo a las concepciones morales y a las circunstancias políticas y económicas lo cual significa que la naturaleza que les otorga no es inmutable y definitiva ya que un cambio de las circunstancias, una alteración de la ideología imperante puede alterar el espíritu de la legislación y hacer variar el concepto de Orden Público.

Kaller de Orchansky Bertha<sup>435</sup> ha dicho “no debe hablarse de leyes de Orden Público, ni existe la posibilidad de su enumeración apriorística; hay en cada ordenamiento jurídico un conjunto de principios superiores que impregnan las normas y les otorgan ciertas características que las distinguen de las restantes”.

Responde a criterios particulares de cada Estado no es realmente internacional sino más bien esencialmente nacional, al punto que podría describirse como el derecho nacional intransigente.

Por ello no cabe delimitarla el Orden Público internacional concreto, sin que sea posible hacerlo genéricamente por todos los estados.

---

<sup>435</sup> KALLER ORCHANSKY, Bertha. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Pág. 137.

### **Es Subordinante**

Las convenciones entre particulares no pueden afectarlo, (artículo 21 C. C.) es además limitado al caso concreto que se plantea.

### **Limita la libertad individual**

Tuitivo del orden moral o político.

### **Es irrenunciable**

Tampoco se puede renunciar a sus beneficios, es que un derecho es dado a una persona, al habersele otorgado, no puede luego ser despojado ni por propia voluntad ni por influencia de terceros, como es el caso del Derecho laboral donde los trabajadores después de haber adquirido son presionados por el trabajador (artículo 19 y 872 C.C.)

### **Inconfirmable e imprescriptible**

Bajo ningún punto de vista se puede sanear la invalidez por lo cual es inconfirmable (artículo 1058 C.C.) como tampoco se puede invocar la prescripción (artículo 4023 C.C.)

**Produce la nulidad de todo acto que se le oponga por ser nulo de nulidad absoluta.-** Cuando la conducta está prohibida, el acto pertinente es nulo (artículo 18 C.C.).

**Es dinámico y variable.-** Es relativa en el tiempo y el espacio.- Es una concepción que varía de un país a otro sino que incluso en el mismo también varía. No es una noción estática que aparece atrapada en los textos legales, se adapta permanentemente a la realidad en consonancia con el pensamiento evolutivo del pueblo, de ello se desprende que los jueces lo aplican de acuerdo a las circunstancias que se presenten dentro de una sociedad cambiante, afianzando de esta manera los valores esenciales sobre los cuales se sustenta, toda vez que la legislación

respectiva depende de políticas variables. Es variable según los países y los tiempos. En relación a los primeros puede afirmarse que el Orden Público es esencial y exclusivamente nacional. Ningún juez puede tener en cuenta más que su propio Orden Público; la expresión (Kaller<sup>436</sup>) Orden Público internacional resulta inadecuada porque sugiere la existencia de un Orden Público supranacional. El Orden Público varía en el tiempo: la evolución de las concepciones morales influye en las orientaciones jurídicas y así puede establecerse en algunas materias consideradas de Orden Público en un periodo histórico, dejan de serlo en otro, aun sin haber experimentado modificación el Derecho positivo.

No es inmutable, el Orden Público internacional puede cambiar y de hecho cambia al ritmo que marca la propia sociedad, expresada a través de sus fuentes del derecho.

Así, por ejemplo hace un tiempo debe haberse considerado una legislación extranjera que reconociera efectos legales al concubinato como contrario al Orden Público internacional peruano, sin embargo hoy día esa conclusión sería equivocada pues resulta claro que existen una serie de modalidades del concubinato legalmente regulados.

El Orden Público internacional es pues un concepto mutable.

Se plantea la relatividad por no ser viable hablar de un único y general concepto del Orden Público, sino más bien de una realización concreta y casuística por obra de la acción de los tribunales.

**Vigor Extraordinario.-** Pues impide la posibilidad de su trasgresión mediante un obrar opuesto a sus dictados. Rechaza el acto que lo viola por serle incompatible; es una fortaleza porque resulta ser el mayor instrumento del que puede surgir la defensa social.- (artículo 502 y 794 C.C.)

Lo cual significa que es excepcional por cuanto el Orden Público debe ser aplicado en sentido restrictivo frente a casos de manifiesta injusticia, de

---

<sup>436</sup> KALLER ORCHANSKY, Bertha. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Pág. 137.

grave perturbación de indispensable defensa, de incompatibilidad manifiesta.

**Es paralelo a la ilicitud.-** Participa el Orden Público de sus propiedades invalidantes, de allí el legislador se vale de la causa ilícita como medio para afianzar la autoridad de las normas que dicta. Su actuación es principista es la base que no permite que el sistema no sea vulnerado

**Es eminentemente judicial.-** Porque su naturaleza no permite que suministren al juez normas precisas.

Porque la necesidad específica de definir surge ante el caso concreto sometido a la decisión del juez.

Porque el criterio de aplicación del Orden Público internacional puede variar –el caso del divorcio en España- según las épocas y los casos sin que ninguna modificación se produzca en el precepto de Derecho Internacional privado que lo define Yanguas Mesías<sup>437</sup>

Participa el Orden Público de la defensa del debido proceso como integrante de nuestro Orden Público, lo que también se impone al Derecho extranjero en el cual se haya dictado la sentencia que viene a reconocimiento.

Puede ocurrir que la violación del debido proceso y de la garantía de defensa en sentido federal sustantivo provenga no ya del procedimiento seguido, sino de la arbitrariedad en que podría incurrir la misma sentencia definitiva.

Se puede desconocer una sentencia extranjera por arbitraria y por ello violatorio del principio de Orden Público del debido proceso. Se inclina a pensar que no puede ser reconocida una sentencia extranjera arbitraria.

---

<sup>437</sup> Yanguas Mesías. “Derecho Internacional Privado. Parte general”. 3ª edic. Madrid, España. Pág. 358.



Se puede señalar que la arbitrariedad de la sentencia extranjera emerge del mismo pronunciamiento siendo admisible requerir la remisión de la causa para examinar si se ha incurrido en ese vicio.

La revisión por arbitrariedad no debe ser confundida con la revisión de fondo. Así, no cabe interpretar la norma aplicada en la sentencia pero si la arbitraria prescindencia de la norma aplicable al caso sin dar razón alguna de la omisión de aplicarla. Y aun habiendo sido desestimado el recurso en el extranjero es dable revisar la arbitrariedad de la sentencia foránea según los criterios jurisprudenciales, a fin de salvar el principio del debido proceso.

**Es excluyente de la ley extranjera.-** Participa, es decir, no es un obstáculo a la fuerza obligatoria de los acuerdos, sino a la aplicabilidad de una ley extranjera, por lo que resulta siendo un elemento de la condición del Derecho extranjero, pues a diferencia de las fuentes jurídicas nacionales, la ley extranjera no se halla protegida contra una apreciación de su incompatibilidad con el “Orden Público” del tribunal, lo cual requiere tener en cuenta el carácter absoluto de la inmunidad del Derecho nacional, cuestión que está anudado a todo el sistema formal del orden jurídico del foro, debe tomarse en cuenta el derecho que se aplica en un determinado Estado no siempre es beneficiado de la inmunidad, que no se le habría reconocido a una disposición extranjera con el mismo contenido.

Al respecto Rigaux<sup>438</sup> ha señalado que solo no se ha dado conflictos sobre Orden Público cuando se ha tratado de conflictos intercoloniales, en los sistemas plurilegislativos de carácter federal hacen intervenir en las relaciones interfederales.

Sin embargo, el tribunal de un Estado incide sobre los efectos de la ley extranjera considera aplicable, pero incompatible con el Orden Público de ese Estado, el tribunal no puede objetar la ley extranjera ni al legislador de

---

<sup>438</sup> RIGAUX, Francois. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 382.

la misma, no se puede asociar la excepción de Orden Público a la negativa a aplicar a un litigio la ley extranjera de un país presuntamente civilizado.

La ley extranjera no es aplicable por ser indigna de aplicación sino por resultar incompatible con el funcionamiento de las instituciones y las normas jurídicas vigentes en el estado del foro; el derecho comparado, muestra la relatividad de las soluciones jurídicas, no permitiendo que los jueces de un Estado pretender la superioridad del Derecho del foro a la ley extranjera.

### **Imposibilidad de definirlo en términos concretos**

Esto aún es una discusión que no se puede esgrimir como argumento final; lo que sí se puede afirmarse que aún es muy difícil la positivización no pudiendo traducir su concepto en normas legislativas.

Se dice que el concepto de Orden Público internacional es impreciso carente de fronteras claras cuya real extensión es solo posible constatarla en el marco del contraste que se produce en relación a una ley extranjera determinada, o dicho de otra forma en el propio proceso de funcionamiento de la norma de conflicto.

**Es actual.-** Que significa la nota evolutiva y cambiante del Orden Público y que impone una determinación temporal del mismo, algo semejante a lo que sucede con la precisión temporal de la conexión.

**Elástico.-** Que recoge otro extremo de diferenciación del Orden Público no pensado respecto de las clases sino más bien el modo de aplicarse y en la que se acusa la orientación de formulación general que tiene el Orden Público cuando se dirige al Juez y que al mismo tiempo que le permite le obliga a tener en cuenta las circunstancias específicas del caso.

**Territorialidad.-** Expresada en que se trata de un principio de validez territorial, una especialización de la territorialidad y un reflejo de principios y propósitos del Foro<sup>439</sup>.

---

<sup>439</sup> La territorialidad se establece como el presupuesto básico para conocer cuándo debe aplicarse el Derecho de un determinado Estado.

**Debe ser interpretado restrictivamente.-**

1. La noción de Orden Público ha adquirido una función normativa rigurosa, restrictiva de la libertad individual, en atención a la importancia y función social que desempeña.
2. Pocas veces se le encuentra plasmada en legislaciones, y ha sido la doctrina y la jurisprudencia quien más se ha encargado de ella.
3. El Orden Público se apoya:
  - a) En la obligatoriedad de la ley;
  - b) En su retroactividad a título de excepción cuando los derechos conferidos por ella no solo miran al interés individual, sino que atienden y contemplan el interés social;
  - c) En la nulidad de derechos, aun de los irrevocablemente adquiridos en apariencia, cuando a ellos se opone el Orden Público, expresado como voluntad social por medio de la ley (ver derechos adquiridos<sup>440</sup>).
4. Como hemos visto líneas arriba, el Orden Público tiende a tener una acepción múltiple e imprecisa, pero en todos los casos es proclive a corregir abusos del derecho o injusticias de la organización social.
5. Cumple con una misión reparadora y tuitiva, en atención a una voluntad integral de la sociedad que actúa como sujeto de voluntad o como persona social (Véase Voluntad Social<sup>441</sup>)
6. La importancia del Orden Público radica en la evolución contemporánea del Derecho, por cuanto constituye una genuina expresión jurídica del interés y de la voluntad social.
7. Es la tangente que posibilita la creación de nuevas formas institucionales.
8. Mediante este Principio, el “debe ser” corrige y rectifica la costumbre en que el “ser” se ha estratificado y detenido.
9. Las turbaciones del Orden Público son:

---

<sup>440</sup> **Derechos Adquiridos.** El que se pretende irrevocablemente adquirido es siempre susceptible de corrección y rectificación si consiste en la consagración de una injusticia, de una ventaja indebida o de su situación desigual en los hechos o arbitraria y perjudicial en sus consecuencias.

<sup>441</sup> **Voluntad Social.** Se manifiesta de la opion pública y principalmente en el ámbito económico y jurídico, como fuerza del interés colectivo.

- i. Cuando los derechos individuales son violados o gravemente amenazados.
  - ii. Cuando la autoridad pública, salvaguardia de los derechos individuales, es puesta en peligro.
10. Debemos distinguir en la interpretación las normas sobre un Orden Público propiamente dicho, de las normas que rigen el Orden Público secundario; la primera se encarga de todas las leyes relativas a la organización del Estado y funcionamiento de los poderes públicos, y la segunda, las leyes que reglan el Estado y la capacidad de las personas, las que organizan la propiedad y especialmente la propiedad territorial, y las que imponen a las partes prohibiciones o medidas de interés hacia terceros.

## **EL DERECHO CONFLICTUAL EN LOS TRATADOS Y LA EXCEPCION DE ORDEN PÚBLICO**

El derecho conflictual en los tratados internacionales tienen según el criterio dominante la reserva de la excepción de Orden Público que permite a las autoridades y a las jurisdicciones de los Estados contratantes excluir la aplicación de la ley declarada competente por una de sus normas, incluso si el tratado no ha previsto expresamente esta facultad.

En ese sentido debe recordarse el caso de Francia que cuando en 1985 debió aprobar la Convención de La Haya respecto a la unificación de criterios legales en la materia de las leyes que debía ser reconocidas como de Orden Público, se estableció que el referido Estado finalmente se reservaba para si el derecho a establecer cuándo o en que circunstancia consideraba la existencia del Orden Público permitiendo una fórmula de carácter básicamente soberano.

Se cita al respecto, la opinión expresada por los delegados de los Estados miembros de la Conferencia<sup>442</sup> de la Haya, de Derecho Internacional Privado,

---

<sup>442</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Alegria. Convenciones de La Haya. 1956-1970.

8ava Sesión. Y la opinión individual de dos miembros del Tribunal Internacional de Justicia, expresada en la sentencia Boll del 28 de noviembre de 1958 es el caso de Hersch Lauterpacht y de Moreno Quintana C.I.J. Recueil, 1958, págs. 91-92 y 103.

El artículo 6 del Convenio de La Haya del 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales y el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1 de junio de 1956 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, enuncian la reserva de Orden Público en su forma clásica, la mayoría de los convenios más recientes tratan de encerrarlo en límites más estrictos.

Una nueva formulación apareció por primera vez en el artículo 4 del Convenio del 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a los hijos: “La ley que declara aplicable el presente convenio solo podrá dejar de ser aplicable si es manifiestamente incompatible con el Orden Público del Estado del que dependa la autoridad que conozca la reclamación”. Con lo que se puede afirmar que existe una disposición redactada en términos similares, en tal orientación encontramos el artículo 14 del convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la 13ª Sesión (octubre de 1976) “La aplicación de la ley determinada por el convenio no puede excluirse más que si es manifiestamente incompatible con el Orden Público”.

### **VIII.1. EL ORDEN PÚBLICO Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHO CONTRACTUAL**

Este extremo de la tesis es realmente el más importante en el análisis temático que se ha planteado.

Por ello, inicialmente, se señaló que existe una cuestión muy importante que radica en establecer que existen instrumentos legales que tiene incidencia en una parte del mundo y en otra no así.

## EN AMÉRICA

Tenemos.

El Código de Bustamante 1928.

Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889.

Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940.

También se estudio en el CIDIP<sup>443</sup> II de Montevideo de 1979 el proyecto de convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

En el CIDIP III de La Paz, de 1984 se estableció la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. Establece en el artículo 1 la prórroga de la jurisdicción en los contratos mercantiles en los siguientes términos “Respecto de las acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, que las partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia” y que no está vigente por cuanto solo ratificó México.

Convención sobre Ley aplicable a los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1985, plantea la ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes cuyos establecimientos comerciales se encuentran entre Estados diferentes y en todos los demás casos en que exista conflicto entre leyes de Estados diferentes, a no ser que dicho conflicto dimanase exclusivamente de una estipulación de las partes acerca de la ley aplicable y aun cuando vaya acompañada de la designación de tribunal o árbitro.

El CIDIP IV de Montevideo de 1989 como tercer extremo del temario, el estudio del tema de la contratación internacional, se planteó y se aprobaron las bases para una convención sobre la materia. A su vez recomendó y la Asamblea General de la OEA procedió encomendar el estudio del tema al Comité Jurídico

---

<sup>443</sup> Los CIDIP son instrumentos jurídicos latinoamericanos que actúan en esta parte del mundo como leyes modelo.

Interamericano a convocar una reunión de expertos para que confeccione un proyecto de convención sobre la ley aplicable a la contratación internacional.

El indicado Comité Jurídico Interamericano<sup>444</sup> estableció el “Proyecto de Convención Interamericana sobre ley aplicable en Materia de Contratación Internacional” con su informe y exposición de motivos.

En el año de 1993 en el mes de noviembre entre los días 11 y 14 en Tucson, Arizona, se llevó a cabo la reunión de expertos sobre contratación internacional por disposición de la Secretaría General de la OEA, de la cual, se da el Proyecto de Convención Interamericana sobre la materia y el informe explicativo correspondiente.

El CIDIP V.<sup>445</sup> de México de 1994 que aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Cuyo artículo 1 párrafo 3 menciona “Esta convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean Estados Parte, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta convención que ella no se aplicará a todos o alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. El párrafo 4 “cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicara la misma”.

De lo que se puede columbrar que esta Convención<sup>446</sup> se aplica:

- A contratos internacionales en las Partes –personas naturales o físicas– tuvieran domicilio habitual o establecimiento en Estados Parte diferentes.
- A contratos celebrados o en que sean Estados Parte, Entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato lo excluyan expresamente.

---

<sup>444</sup> BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 121.

<sup>445</sup> Los CIDIPs son instrumentos jurídicos que en Latinoamérica tienen el carácter de leyes modelos en la región donde son legales.

<sup>446</sup> Las leyes pueden no ser usadas por los Estados en sus sistemas jurídicos internos.

- Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención, declarar que la aplicará exclusivamente a los contratos de naturaleza comercial.

Y no se aplicará.

- Según el artículo 6 la convención no se aplica a los contratos “que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Parte de esta convención” <sup>447</sup>.
- Y también por lo expresado por el relator de la Comisión I de la Convención la misma que no se aplicará a contratos celebrados entre Estados o a contratos celebrados entre Estados, o a contratos de naturaleza pública en los cuales el Estado o una agencia estatal o un organismo estatal sea parte.
- Cualquier Estado parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a la referida convención que no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean Parte.

En cuanto a la interpretación encontramos los artículos 4 y 5, así el:

Artículo 3 señala: “Las normas de esta convención se aplicarán con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional” extendiendo la convención a las nuevas formas de contratación que se produzcan por la dinámica del comercio internacional, permitiendo la incorporación de nuevas formas dado el auge económico.

Artículo 4 dice: “Para los efectos de interpretación y aplicación de esta convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”.

En cuanto al derecho<sup>448</sup> aplicable encontramos el:

- Artículo 5 expresa que la convención no determina el derecho aplicable a:

---

<sup>447</sup> Es una regla a usarse en la contratación internacional e interna.

<sup>448</sup> Cada CIDIP tiene elementos que permiten un adecuado principio de carácter regional, es decir, solo para Latinoamérica.



- a. Las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las Partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las Partes.
- b. Las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de las relaciones de familia.
- c. Las obligaciones provenientes de títulos de crédito.
- d. Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores.
- e. Los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro.
- f. Las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

También se aplica en este sentido el artículo 6 de la misma convención.

Sin embargo se extiende del derecho aplicable cuando se señala en el artículo 2 “El derecho designado por la convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado”.

## **EN EUROPA**

Recurrirnos <sup>449</sup>:

- Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de decisiones en Materia Civil y comercial de 1968.
- Convenio sobre la ley aplicable a las Obligaciones contractuales, Roma del 19 de junio de 1980. En su artículo 1 expresa “Las disposiciones del presente convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales”.  
El artículo 1 dice “Los contratos se regirán por la ley elegida por las Partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias”.
- Para esta elección, las Partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

---

<sup>449</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Alegría. Convenciones de La Haya. 1956-1970.

Convención de Lugano de 1988, establecen normas de competencia directa e indirecta.

## **EN EL MUNDO**

Tenemos:

- Convenio sobre Ley Aplicable a las ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales, La Haya del 15 de junio de 1955 prescribe en su artículo 2 “la venta se regirá por la ley interna del país designado por las Partes contratantes. Dicha designación debe ser objeto de una cláusula expresa o resultar indudablemente de las estipulaciones del contrato. Las condiciones relativas al consentimiento de las Partes en cuanto a la ley declarada aplicable son determinadas por esta ley.
- Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de Nueva York de 1974.
- La Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación cuyo artículo 16 menciona que “al aplicar la presente Convención se podrán hacer efectivas las disposiciones obligatorias de cualquier Estado con el cual la situación tenga una vinculación efectiva siempre que y en la medida en que, sean aplicables esas disposiciones según el derecho de ese Estado.
- Convención sobre los contratos de Compraventa Internacional, Viena 1980.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa internacional de Mercaderías de 1980 no conceptúa lo que es contrato internacional; en su artículo 1 señala 1) La presente convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre Partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las Partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las Partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
- Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías, Ginebra, 1983.

- Convención sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 30 de octubre de 1985 expresa en su artículo 7 “I.El contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las Partes. El acuerdo de las Partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las Partes en su conjunto. La elección podrá limitarse a una parte del contrato.
- Convención de La Haya de 1986 sobre Ley Aplicable a los contratos de Compraventa Internacional que en su artículo 17 prescribe que “La Convención no optará la aplicación de las disposiciones de la ley del foro que hubieren de aplicarse fuere cual fuere la ley aplicable al contrato”

Debe anotarse que generalmente en materia de Orden Público internacional se permite el libre juego de las leyes y la aplicación de la ley extranjera pertinente al conflicto en cuanto no sea contraria a los principios de la comunidad. Evaluación que deberá ser efectuada por el Tribunal que deberá también buscar la solución alternativa al dejar a un lado la ley extranjera aplicable al caso.

En este caso debe anotarse lo señalado por Parra-Aranguren<sup>450</sup> quien dice que: “La Corte Internacional de Justicia reconoció la existencia de las leyes de aplicación inmediata en el caso BOLL, en el que los Tribunales Holandeses determinaron como tutor de María Isabel Boll menor de nacionalidad holandesa, nacida en Estocolmo de padre holandés y madre sueca muerta en 1953, al padre, luego lo reemplazaron por Catherina Postena.

Las autoridades suecas ordenaron la educación de la menor en Suecia por así requerirlo su salud mental.

Postena podía cuidar de los bienes de la menor pero no autorizaron su tutela, indicando que las medidas adoptadas en suecia eran complementarias de las dispuestas por los tribunales holandeses por su naturaleza distinta de derecho

---

<sup>450</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Caracas. 1991. Pág. 172 y sgtes.

público. En 1958 la Corte Internacional de Justicia determinó que la educación protectora prevista por ley sueca es de derecho público y territorial de aplicación solo en Suecia. Diferenciando entre leyes de protección individual –tutela– y leyes de propósito social, siendo este último el carácter de la ley sueca.

En tal sentido la aplicabilidad del Orden Público internacional extranjero inevitable cuando el tribunal debe aplicar la legislación económica del derecho propio del contrato. Así lo establece Antonio BOGGIANO<sup>451</sup> mencionando a Ole LANDO.

Se puede agregar que el Juez aplica el Orden Público internacional extranjero cuando el mismo no está plasmado en normas sino en principios.

## **IX.19. LA *LEX FORI* Y LOS TRIBUNALES NACIONALES**

Se plantea que la contratación internacional tiene en la normativa del Derecho Internacional Privado un grave obstáculo a la misma la que se da en los siguientes extremos:

A) Se ha gestado históricamente el cambio de técnica normativa rectora de los actos de comercio internacional. En el siglo XV se inicio la crisis de la *Lex Mercatoria*, propiciado por dos eventos históricos el fracaso del comercio debido a las guerras que devastaron Europa y el surgimiento del Estado Moderno, que se puede graficar en la frase de Antoine de Montchreretien – citado por J.M. Gondra<sup>452</sup> “es imposible hacer la guerra sin hombres, mantener los hombres sin soldada, ofrecerles sus sueldos sin tributos, conseguir tributos sin comercio”.

La *Lex Mercatoria* se canceló en Inglaterra cuando en 1760 se integró al *Common Law* por el Juez Lord Mansfield, debiendo de tenerse al margen los

---

<sup>451</sup> BOGGIANO, Antonio. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires, Argentina, 1993. Pág. 171.

<sup>452</sup> GONDRA J.M. “Derecho Internacional Privado”. Págs. 22-25.

inicios y particularidades del Derecho Mercantil inglés se encuentra en primer término el hecho que en los primeros años la cultura inglesa estuvo radicado por el mercantilismo desde el siglo XIII la misma que se halla sometida a la jurisdicción especial –los tribunales de ferias (*Courts of Pie Powders*)– cuya competencia específica sobre los asuntos mercantiles y en segundo término se trata de un derecho de formación autónoma, un cuerpo jurídico uniforme, no nacional una forma de *Ius Gentium* que dé el coligamiento entre la jurisdicción especial y el derecho aplicado a la sustantivación de este ordenamiento en cuerpo aparte –*Law Merchant*– en forma paralela el proceso de “nacionalización jurídica” se da en el siglo XVIII, cuando esta *Lex Mercatoria* queda absorbida por el *Common Law* aplicándose su ordenamiento conjuntamente con las tradicionalmente llamadas de derecho común por tribunales únicos. Desde ese momento para los juristas ingleses el Derecho Mercantil pasa a ser una noción puramente histórica percibiendo su independencia como anticientífica e incierta por lo que rechazan su posibilidad. Esta postura no implica, sin embargo, el reconocimiento legislativo de las tesis de la unificación como lo es en el continente europeo, es solamente la consecuencia de la posición británica ante las fuentes, los conceptos y los esquemas jurídicos sistemáticos. Sin embargo, si se usa la metodología de los juristas de Europa Continental sin duda podríamos observar en el ordenamiento inglés una serie de instituciones que atienden a las necesidades características del tráfico empresarial y particularidades de las que llamamos mercantiles en las instituciones comunes para atender también dichas necesidades.

En Francia también ocurrió el proceso de nacionalización de la *Lex Mercatoria* y fue a través de las ordenanzas de Comercio (1673) y de la Marina (1681) conocidas como las ordenanzas de Colbert ministro de finanzas de Luis XIV concurría una pluralidad de leyes nacionales, cabe entonces la pregunta cual de esos sistemas debía regir una relación comercial unida a varios ordenamientos estatales; se planteó en el orden mercantil, el problema conocido con el nombre de conflictos de leyes. Entonces se usó por los Tribunales a algunas reglas establecidas por la estatutaria especialmente el principio de la autonomía de la voluntad establecido por CH. DUMOULIN como

principio rector en materia de contratos y el principio del estatuto real o sumisión de los bienes a la *lex rei sitae* propuesto por B.D. ARGENTRE.

B) En segundo término encontramos el tratamiento del Comercio Internacional por las codificaciones estatales del siglo XIX con lo cual basta una rápida ojeada a las principales codificaciones estatales del siglo XIX para conocer que los legisladores estatales procedieron, mediante la elaboración de reglas de conflicto, a un reparto de competencias entre las diversas leyes nacionales susceptibles de regular una relación vinculada a varias de ellas. Por lo demás esta técnica normativa, tuvo sus reparos, fue una legislación desafortunada, el sintetismo del artículo 3 del Codex Napoleón –se da la ausencia de una norma en materia contractual o sobre bienes muebles. En lo referente al Código Civil español de ALONSO MARTÍNEZ al Título Preliminar le falta una regla de conflicto para los contratos y se somete los derechos reales mobiliarios a la ley personal de su titular, la jurisprudencia tuvo que solucionar algunas lagunas, recurriendo muchas veces a principios antiguos y se enfrentó a situaciones nuevas y darle solución es el caso de la nacionalidad de las sociedades.

C) En tercer término se observa una ofensiva doctrinal contra la norma de conflicto precisamente en defensa del comercio internacional. Pues la norma de conflicto constituye inseguridad por la diversidad de legislaciones estatales que representan el comercio internacional, y toda vez que en primer término la norma de conflicto varía de un Estado a otro, sustituyendo el conflicto de leyes por el conflicto de sistemas de Derecho Internacional Privado y en segundo término porque aunque las normas de conflicto literalmente sean iguales existe por diversos motivos y por diferentes mecanismos de técnica jurídica, una tendencia de los tribunales nacionales a aplicar su propia ley material –la *lex fori* (Heimwärtsstreben) y no una ley extranjera En tercer término sobre todo por lo que se ha denominado el “déficit crónico” de las normas de conflicto el carácter nacional de la legislación designada por norma de conflicto, legislación pensada de ordinario para supuestos de tráfico económico interno y no para supuestos de tráfico económico internacional, y que finalmente se tiene la regulación sustantiva aplicada por el juez es la misma pensada para los casos de tráfico interno.

### **VIII 3. EL ORDEN PÚBLICO Y EL DERECHO CONTRACTUAL**

Hasta un tiempo atrás las normas de Orden Público eran muy pocas –solo se legislaban en el Código Civil– eran las necesarias para asegurar y preservar ese pequeño núcleo central, cimiento de la organización social.

Pero al advenimiento en la realidad de las denominadas leyes naturales del mercado y la libre concurrencia no solo no garantizaban la justicia contractual y el bienestar general, como predicaba la doctrina liberal, sino que frecuentemente producían o acentuaban serios desajustes sociales y económicos, que conducían a graves desigualdades –como la explotación del más débil– y también a excesivas ventajas en beneficio de quienes gozaban de situaciones de monopolio u otras posiciones dominantes.

Es a partir de 1968 precisamente que en el Perú se inicia un periodo que se caracteriza por la intervención del Estado en las relaciones privadas, con la consecuente crisis del principio de la autonomía de la voluntad, aumentando sustancialmente la cantidad de normas de Orden Público, disminuyendo ostensiblemente las dispositivas y las supletorias.

Nace la protección de los más débiles –trabajadores, locatarios, consumidores, etc.– promoviendo o imponiendo una determinada política económica y social mediante numerosas leyes especiales –paralelas al derecho positivo vigente– originando el denominado Orden Público económico y social, reglas que no constituye el cimiento de la “organización social” siendo que son solo medios para aplicar una política económica y social.

Algunas de estas leyes son cambiantes y hasta efímeras, están más de acuerdo con el momento, las circunstancias, en este extremo tenemos el caso de las normas sobre control de cambios, devaluación de la moneda, estabilización económica, promoción de las exportaciones o emergencia económica, convertibilidad, lealtad comercial, defensa de la competencia, etc.

MIAJA DE LA MUELA<sup>453</sup> ha dicho “Como el Orden Público interno, en materia contractual constituye la más radical antítesis de la autonomía de la voluntad, el Orden Público internacional constituye la antítesis más radical y la negación de la recepción del derecho extranjero”

El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1984 estableció el contrato internacional en los siguientes términos como aquel en que “las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” estableciéndose dos criterios alternativos. Que las partes tengan su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes y/o que el contrato tenga contactos objetivos con más de un Estado Parte.

BOGGIANO<sup>454</sup> define el contrato internacional como “un contrato es internacional tanto si su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de los oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional”.

Se debe iniciar este extremo de la discusión –a nuestro juicio lo medular de la tesis– por establecer la distinción que se da entre las situaciones jurídicas internacionales de las internas se basa en cuatro características fundamentales:

- Los elementos extranjeros determinan circunstancias de tráfico privado internacional.
- La aplicabilidad de las normas de Derecho extranjero.
- El reconocimiento de decisiones o actos públicos extranjeros.
- La constitución de un instrumento internacional específico, calificado de “transnacional” que no quiere arraigarse a ningún sistema jurídico estatal.

---

<sup>453</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 392.

<sup>454</sup> BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Pág. 698.



La Convención Interamericana que trata sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 en su artículo 7 señala “El contrato se rige por el derecho elegido por las Partes. El acuerdo de las Partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicho elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

La elección de un foro por las partes no entraña necesariamente la determinación del derecho aplicable.

De lo que podría columbrarse que se dan los siguientes enunciados a partir de este artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales pudiéndose perfilar los siguientes:

- El contrato internacional se dilucida por el derecho legislado por las Partes, lo cual es el principio de la autonomía de la voluntad que se haya establecido por legislaciones y convenciones internacionales.
- El acuerdo por las Partes sobre la Ley Aplicable al contrato debe ser expreso.
- Si falta el acuerdo expreso, la ley aplicable debe colegirse naturalmente de la conducta de las Partes y de las cláusulas contractuales, determinadas en su conjunto.
- La selección del derecho aplicable puede ser por la totalidad del contrato o por una parte del mismo. Es pues el reconocimiento del *depacage* voluntario, que cede la permisibilidad a las Partes para que puedan decidir sobre derechos separados o diversos para regir todo el contrato o aspectos distintos del contrato. Esta técnica aparece en el artículo 3 del Convenio de Roma y el artículo 7 de la Convención de La Haya de 1985, además debe anotarse que la técnica antes referida es frecuentemente usada en contratos de desarrollo económico o en el campo de la cooperación internacional.
- El designación de un foro por las partes no implica necesariamente la elección del derecho aplicable por cuanto esta tiene que ser expresa así el artículo 8 de la CISDAACI establece “En cualquier momento, las Partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un

- derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no esté elegido por las Partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni de los derechos de terceros”. Norma que aparece en forma muy parecida en el Convenio de Roma de 1980 artículo 1, párrafo 2, en la Convención sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1985 artículo 7 párrafo 2. Debe añadirse que este enunciado es fruto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo como el contrato está produciendo consecuencias jurídicas se deja a salvo la validez del contrato y los derechos que hayan podido adquirir terceros en el decurso del contrato.
- Finalmente la elección de un foro por las partes no implica necesariamente la elección del derecho aplicable.

Sin embargo, la pregunta es qué sucede cuando las Partes no han establecido expresamente el derecho aplicable, en ese sentido opera el artículo 9 de la CISDAACI que prescribe “Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de ese otro Estado a esta parte del contrato”.

Pudiéndose colegir los siguientes enunciados:

En caso las Partes no hubieran determinado el derecho aplicable y/o su selección resulta ineficaz, el contrato se dilucidará por el Derecho del Estado con el se den los vínculos más estrechos, regla que también aparece en el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980, este resulta ser un enunciado que es aceptado en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados. En doctrina este enunciado se conoce como *proper law o the most significant relationship* o también denominado de “de la localización objetiva”.

No debiendo dejar de señalar que tradicionalmente los criterios para dilucidar el derecho aplicable a los contratos fueron la nacionalidad de las Partes, el domicilio o residencia habitual de las Partes, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución del contrato.

En la jurisprudencia del *common law*, la doctrina y algunas nuevas legislaciones han optado por otros criterios; como el llamado equilibrio de intereses, la relación más significativa, los vínculos más estrechos y la prestación más característica.

Así, pues, la doctrina de los vínculos más estrechos que establece la CISDAACI aparece en la convención de Roma artículo 4 párrafo 1 sigue la teoría de la *most significant relationship* que fue determinada en el segundo Restatement, sección 188.

La CISDAACI no consagró la presunción general que aparece en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención de Roma pues siguiendo su criterio de la misma el contrato se presume que presente los lazos más estrechos con el país en que la parte que debe suministrar “la prestación característica” tiene en el momento de su conclusión, su residencia habitual o si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. Finalmente la Convención de Roma señala que en algunos de los contratos no son posibles de determinar la prestación más característica.

Deberá decirse que si se presenta lazos más estrechos con otro país se descartará los párrafos 2, 3, 4 del artículo 4 de CISDAACI. En la Convención de La Haya se da una norma parecida (artículo 8, párrafo 3) así se propone que para buscar los vínculos más estrechos el Tribunal debe tomar en cuenta lo siguiente:

- Tener en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato.
- Se debe tomar presente los principios generales del Derecho Comercial Internacional –que no se saben cuales son– aceptados por organismos internacionales –que incorpora organismos gubernamentales y no

gubernamentales– e incorpora todos los elementos de la *Lex Mercatoria*, enunciado fundamental por cuanto se debe engarzar la incorporación de los usos y prácticas comerciales (*trade usages*) y los principios de Derecho Comercial Internacional (*lex mercatoria*) no solo para la localización objetiva del contrato, sino como fuente principal de las obligaciones de las Partes. En el artículo 10 se dice “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando correspondan las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

De darse el caso que una parte del contrato se separara del resto del mismo y pudiera tener un punto de contacto más estrecho con otro Estado se dará la posibilidad de aplicar la ley de ese otro Estado a ese extremo del contrato.

Principio del *depacage* que por lo demás aparece en idénticos términos contenidos en el artículo 4° 1 del “Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contratuales” Roma 1980 que señala “No obstante, si una parte del contrato fuese separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de ese otro país”.

El artículo 6 del C.C. de Bélgica señala: “No se pueden derogar mediante convenios particulares las leyes que afectan al Orden Público y a las buenas costumbres”

La misma resulta errónea y equívoca legalista; una computadora puede realizar un catálogo de las disposiciones imperativas, sin embargo, es imposible hacer lo mismo y confeccionar un catálogo de leyes contrarias al Orden Público y a las buenas costumbres; es decir, no hay leyes que “afecten el Orden Público” sino cuando están en relación a leyes imperativas que acotarán el mercado en cuyo interior se mueven eficazmente las voluntades individuales.

El Orden Público y las buenas costumbres son excepciones a la fuerza obligatoria de los actos jurídicos que no son contrarios a las leyes imperativas. Los artículos 900 y 1133 del mismo cuerpo legal, el Orden Público y las costumbres, expresan la reserva del ordenamiento jurídico positivo respecto al poder que sobre derechos reconoce a los autores del acto jurídico por el artículo 1,134 y los artículos 6,900 y 1,133 señalan lo que de no haber existido esos artículos hubiera tenido de ilimitado el poder de las Partes.

Además están las disposiciones específicas de la ley, de carácter imperativo restringen la espontaneidad de las Partes en puntos concretos, relativos ya sea la formación de los actos jurídicos o sus efectos, ahí está el caso de las solemnidades de las formas para la conclusión del acto jurídico.

Así el artículo 1780 del C.C. belga prohíbe que el trabajador comprometa sus servicios por una duración ilimitada es un ejemplo tradicional de disposición que prohíbe que el contrato tenga un efecto que pretende excluir.

Pero a pesar de todo el legislador no puede preverlo todo, teniendo en cuenta el poder ilimitado de los operadores jurídicos artículo 1134. Así, el interés general, el orden social o la protección de una persona cuya voluntad se presume más endeble son variables según los tiempos y las circunstancias o también según las fases sucesivas de desarrollo de una relación contractual determinada, lo cual según esta propia norma será el riesgo de transformarse en conflictos a consecuencia de la celebración de contratos agresivos, solo puede colmar con un concepto de contornos indefinidos o como un globo, hinchable a voluntad, de forma que pueda cerrar los vacíos dejados libres por las leyes imperativas, lo cual resulta siendo la función del Orden Público y de las buenas costumbres.

También debe tomarse en cuenta que el Orden Público al poner en jaque la aplicación de una ley extranjera distinguiéndola de la validez del contrato, ya sea respecto al Orden Público internacional o ya sea respecto al Orden Público definido por la *lex contractus*.

En casi todas las decisiones judiciales analizadas hasta este extremo el contrato internacional está, de hecho sometido a la *lex fori*. Volviendo aún más significativa la distinción entre el Orden Público contractual y la excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado, debido a que los dos conceptos son referidos al Orden Público del Estado del foro.

En tal sentido, aparece la sentencia del Tribunal de París del 9 de febrero de 1966 por la que se anula una letra aceptada, que cubría el saldo del pago de una venta de material de guerra, concluido en Ginebra entre dos sociedades de Liechtenstein. El referido Tribunal señala que el tráfico es contrario al Orden Público internacional –designa los principios comunes al conjunto de los Estados– como se puede columbrar de los tratados internacionales enumerados en la sentencia. Decisión que también atañe al Orden Público francés, no podía tratarse del artículo 6 del C.C. toda vez que el contrato litigioso no estaba sometido al Derecho francés, ni de la excepción de Orden Público en Derecho Internacional Privado, y se debía a que la decisión no precisaba qué disposición de la ley del contrato –sin determinar– sería afectada por la excepción, lo que hace colegir una débil conexión con el sistema jurídico francés, pero estima derivar una norma de policía contractual de carácter propiamente internacional que es la prohibición de actos jurídicos privados que violen el Orden Público internacional.

#### **VIII.4. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA LIBERTAD A CONTRATAR**

El contrato en realidad es un reflejo de la propiedad privada, es el mejor medio para el tráfico de las riquezas, se encuentra estrechamente enlazados a manera de que una justifica la existencia de la otra propiedad privada sin libertad contractual no es posible, por lo que siempre se ha dicho que la libertad contractual debe ser considerada la regla y las restricciones la excepción; por lo que las restricciones deben ser expresas, por lo que al hablar de restricciones existen varios conceptos de los mismos, es decir, de las restricciones de la libertad contractual que es la preparación unilateral de las

cláusulas o sometimiento de las Partes a las normas legales imperativas o cerrar contratos innominados.

Una primera restricción está signada porque uno solo de los contratantes prepara el contrato sin que el otro pueda intervenir en la determinación del mismo.

Una segunda restricción es cuando el contrato está circunscrito a tener que respetar normas legales imperativas y normas corporativas y de política económica planificada.

Una tercera restricción es cuando se pretende concretizar intereses que no pueden ser tutelados jurídicamente, es el caso de los contratos ilícitos imposibles o en fraude a la ley o contra el Orden Público.

También se establecen como restricción la prohibición de la autodeterminación en orden a las materias en las que dominan normas imperativas.

En cuanto a la libertad de contratar se refiere a la libertad de estipular o no estipular, siendo que el contrato es un acuerdo, lo que significa que no se puede obligar a nadie, y es por eso que es ley entre las partes, por lo que la libertad de contratar explica ya con la mayor amplitud en todo el campo contractual, en el cual obre y falte la espontaneidad del actuar de las Partes queda excluida la figura del contrato, existe respecto a terceros y significa libertad de entrar o no en relaciones contractuales con personas diversas del actual contratante que intentaría imponer contractualmente restricciones a dicha libertad, también se da restricciones en la materia de los contratos de consorcio donde los empresarios tienen el deber de abstenerse de estipular determinados contratos que constituyen actos de competencia en perjuicio de algunos de los otros.

Sus restricciones a la misma se dan a partir de las leyes complementarias o de las cláusulas contractuales, no existiendo restricciones resultantes de las normas generales.

La convención Interamericana de 1994 en su artículo 11 prescribe “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

Excepción referida a las normas del “*Jus Cogens*” del Derecho del foro (*mandatory rules o lois de police*) o de un Estado cualquiera con el cual el contrato internacional tenga vínculos estrechos.

Del mismo modo el artículo 18 de la citada Convención legisla la restricción del Orden Público internacional estructurado sobre la base de los principios fundamentales del respectivo Estado, textualmente señala: “El derecho designado por esta convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al Orden Público del foro”.

En este extremo de la indagación cabe acotar lo señalado por el Comité Jurídico Interamericano OEA/ Ser.Q CJI/RES. 11-6/91, del 31 de julio de 1991 que propone diferenciar a las normas de Orden Público y normas imperativas en los siguientes términos: “Es indispensable establecer una clara distinción entre las normas imperativas y las normas de Orden Público. Las primeras son muchas y muy variadas para resumirlas en una breve exposición. Baste señalar que las mismas, al igual que el Orden Público, son cambiantes en el tiempo y en el espacio pero no están comprendidas en el último concepto que incide en los valores de más alta jerarquía jurídico-político de un país y cuya reserva se invoca prácticamente en todas las convenciones para eludir la aplicación de una ley que en otra forma sería aplicable, utilizándose la fórmula ‘manifiestamente incompatible con el Orden Público del foro’ o ‘cuando sea manifiestamente contraria al Orden Público’. En otros instrumentos internacionales se restringe esta cláusula para reservar solo el ‘Orden Público internacional’ ”.



“Las normas imperativas o de aplicación inmediata son atinentes a políticas económicas y monetarias, controles de cambio, regulación en la transferencia de tecnología, normas de protección al consumidor y otras que en terminología inglesa y francesa son también llamadas “*mandatory rules*” y “*lois de police*” respectivamente”.

“Ahora bien, las normas imperativas pueden ser aquellas que afecten directamente a la *lex fori*, es decir normas de aplicación exclusiva y que el tribunal debe aplicar al contrato internacional independientemente de la regla de conflicto prevista en la convención, diferenciándose de aquellas otras que rigen imperativamente en un tercer país. En tanto que el Convenio de Roma prescribe la aplicación obligatoria tanto de las primeras como de las segundas, El convenio de La Haya se limita a la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del foro exclusivamente.

De lo dicho en los párrafos anteriores se puede columbrar que los artículos 11 y 18 de la Convención establecen como excepciones al derecho aplicable, la aplicación de las normas imperativas del Derecho del foro y las de un tercer Estado con el cual el contrato sostenga vínculos estrechos siguiendo la doctrina anglosajona. Asimismo, se establece la excepción de inaplicabilidad del derecho aplicable según la convención cuando se trasgreda el orden internacional del foro o sea de aquellos principios sobre los cuales descansa la estructura del Estado.

Luego el artículo 14 de la referida Convención señala que el derecho aplicable regula:

- a) Su interpretación.
- b) Los derechos y las obligaciones de las Partes.
- c) La ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones.

e) Las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

El artículo 15 establece que hay que tener en cuenta los usos y costumbres mercantiles y los principios de Derecho Comercial Internacional para decidir la cuestión de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

El artículo 16 indica: “El derecho del Estado donde deben inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquellos”.

El artículo 17 conceptúa “derecho” como “el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. Excluyendo por esta norma el reenvío (Convención de Roma artículo 15, y Convención de La Haya, artículo 15).

El artículo 19 de la convención de 1994 establece que “las normas de la convención solo se aplican en un Estado Parte a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

El artículo 20 de la referida Convención señala que “no afecta la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración”.

Y el artículo 21 establece que se pueden hacer reservas “que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta convención”. Y el Estado que plantee la reserva podrá retirarla en cualquier momento, el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

### **VIII.5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LA EXISTENCIA, VALIDEZ Y FORMA DEL CONTRATO**

Siguiendo con el análisis de la Convención de 1994 el artículo 12 señala “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta convención de acuerdo con los términos de su capítulo segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

Debe partirse de la regla general, la autonomía de la voluntad de las Partes en la determinación de los elementos de existencia y validez del contrato. Pero al darse el presupuesto que una parte no ha consentido debidamente, el órgano jurisdiccional, deberá, para establecer el derecho aplicable, tener presente la residencia habitual o el establecimiento de la Parte.

Cuando hablamos de forma del contrato se debe señalar el artículo 13 de la Convención de 1994 señala: “Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado, será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución”. Continúa “Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, este será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra con el derecho del lugar de su ejecución”.

Del artículo en revisión se puede señalar la existencia de dos cuestiones:

Una referida a cuando las partes están en un mismo Estado, la forma del contrato es regulada por la ley fijada por las Partes, por la ley de celebración del contrato o por la ley de ejecución del mismo.

Y otra referida a cuando las partes están en distintos Estados en el momento de celebrar el contrato, la forma de este se rige por el derecho aplicable al fondo o sea la autonomía de las partes, o por derecho de uno de los Estados en que se celebra, o por el derecho del lugar de su ejecución.

#### **VIII.6. COINCIDENCIAS ENTRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO CONTRACTUAL**

Ocurre que puede darse la voluntad deliberada de los contratantes para transgredir una disposición imperativa de un Estado determinado, siendo que el fin de lucro es el principal objetivo de la trasgresión, allí está el contrabando, el tráfico de divisas o de mercancías prohibidas por un determinado sistema jurídico de un estado, la lógica contractual es entonces sustraerse al sistema jurídico estadual prohibitivo. Por lo que las partes intentan conectarse, a la ejecución en un país en el contrato que coincide con la *lex fori*.

Al respecto tenemos tres casos el Tribunal de Comercio de Bruselas del 19 de abril de 1968 en el que la ejecución del contrato de sociedad que tenga por objeto el tráfico de divisas por belgas entre Bélgica y Zaire, se conoce ante el referido tribunal de Bruselas.

REGAZZONNI V. STHIA la ejecución de un contrato de exportación de Yute de la India al África del Sur por comerciantes ingleses es sometido a la Jurisdicción inglesa. Se precisa que la *public policy* (Orden Público) requiere *that deference to international comity* y la motivación se apoya en un precedente de 1824 que decidió que los contratos de ese generó con *contrary to the law of nations*.

O el BGH, 22 de junio de 1972 en el que un asegurador alemán es citado ante una jurisdicción alemana para indemnizar al propietario de obras de arte

ilegalmente de Nigeria y pérdidas durante el transporte. El *Bundesgerichtshof* invoca el Convenio concluido en París el 14 de noviembre de 1970 de la UNESCO referido a la protección de los bienes culturales, aun a pesar de que no estaba en vigencia en la fenecida República Federal de Alemania por cuanto es una convicción fundamental de la comunidad internacional y resulta un obstáculo para que un contrato violatorio de una ley extranjera que incorpora los principios del Tratado Internacional pueda dar lugar a un derecho civil jurídicamente protegido en Alemania.

En los tres casos coincide la *lex* del contrato con la *lex fori*, aun a pesar de estar prohibida por las respectivas leyes de Zaire, India y Nigeria.

En los tres casos se ha denegado el cumplimiento del contrato, la nulidad está motivada por el Orden Público contractual (artículo 6 y 1133 del Código Civil, *comon law* y artículo 138 del BGB), que prohíbe taxativamente que la *lex fori* reconozca fuerza obligatoria a un contrato que tenga como objeto la trasgresión deliberada de una norma de Derecho extranjero, además que el Orden Público es pertinente a las buenas costumbres contractuales.

En dos de las sentencias se puntualiza que el Orden Público contractual de la *lex fori* incluye la obligación internacional de cooperación pacífica entre los Estados.

De entrada la preocupación que generan estos conceptos es de qué manera se eliminará la indeterminación de que son portadores. Resulta vano definir el Orden Público y las buenas costumbres. Los intentos no escapan fácilmente al ridículo.

Son nociones funcionales que sirven para en un caso particular, derogar la fuerza obligatoria de los actos jurídicos privados, y además pretende expresar la conciencia jurídica actual de la sociedad, contrario sensu a las leyes que llevan íncrita una huella del pasado. Por lo que necesitaría de órganos capaces de expresar esa conciencia jurídica colectiva frente a situaciones particulares.

Permitiendo derogar al Juez los principios dispositivos, toda vez que el Orden Público es un obstáculo para las acciones que no tolera. Actúa el Orden Público como contrapeso de la actuación del principio dispositivo. Siempre está ligado al funcionamiento de un sistema de derecho estatal, por lo que se puede decir que al eviccionarse el derecho extranjero se da una reacción nacionalista, determinada por alcanzar la coherencia del ordenamiento jurídico del tribunal, que conoce el caso. Se permite entonces el funcionamiento de un sistema jurídico estatal, el cual señala las reglas de evicción del derecho extranjero, siempre en el marco del proceso civil. Lo cual significa que la materia contractual sometida a la materia arbitral no estaría en el ámbito de poder hacer valer un Orden Público de un Estado, no sabiendo a cual asimilarlo y sobre qué voluntad se ha investido.

Se podría señalar la posibilidad en someter a los árbitros a un Orden Público auténticamente internacional, expresión de los derechos fundamentales en número suficiente de Estados.

El Orden Público y el Orden Público contractual comprende elementos tomados del Orden Público internacional, expresión que designa en Derecho Internacional Privado los principios comunes a varios Estados que sustituyen a los conceptos nacionales del Orden Público.

## **VIII.7. EL ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO**

### **MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR)**

El Tratado de Asunción (tratado constitutivo de MERCOSUR) impone a los Estados Partes la necesidad de armonizar las legislaciones “para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Se trata de un espacio integrado donde los “principios nacionales” se da la realidad de que los mismos deberán ser reemplazados o en todo caso adecuado por los principios del derecho comunitario. Prevaleciendo este último derecho sobre los derechos locales, teniendo como objetivo un mínimo común denominador sobre el cual se asiente la voluntad integracionista, una adecuación de los principios fundamentales que orientan e inspiran las

respectivas legislaciones para lograr la base regional y que en definitiva constituirán el Orden Público regional.

Así, se puede decir que los principios que informan el derecho de integración –igualdad, cooperación, solidaridad y libertad– serán los que terminen informando al Orden Público de carácter regional.

Finalmente también debe tomarse como garantías los derechos humanos, la igualdad procesal, el respeto a los derechos adquiridos, incluso los que integran los preceptos básicos de la ciencia y el sentido jurídico conformarán el Orden Público regional que debe significar en adelante la filosofía del sistema regional.

### **COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)**

Entre los tratados constitutivos del citado mercado común tenemos el Acuerdo de Cartagena del 10 de marzo de 1996 y el Protocolo de Sucre del 25 de junio de 1997 que establecen lo que se denomina el “Sistema Andino de Integración” y así tenemos el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 28 de mayo de 1996 es donde se determina algunas características que existen dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que debe ser respetado y para lo cual se debe optar por una actitud comunitaria de amplitud en el conocimiento del derecho y no solamente del derecho comunitario sino de lograr establecer cuales son los principios y elementos necesarios para reconocer que se está creando un nuevo sistema jurídico supranacional que se surge con la aparición del derecho regional que se anota en esta parte de sudamerica.

## Cap. IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### IX.1. CONCLUSIONES

1. **El modelo científico positivista hasta hoy ha sido el principal ingrediente de la ciencia jurídica, se requiere que la misma sea orientada hacia el modelo científico de la Nueva Filosofía de la Ciencia.**-Siendo la ciencia del Derecho una importante área del conocimiento, la misma, no ha pasado de guiarse en su base metodológica y ontológica por el positivismo, modelo científico que como es de verse aún tiene su base en el paradigma científico Newtoniano en el que se plantea la cuestión de las verdades absolutas que solo permite alcanzar conceptos unívocos sin discusión, de tal manera que en los casos donde el concepto es objeto de discusión por cualquier procedimiento cientista conlleva que se considera como un concepto poco definible, poco claro y ocasiona se elaboren los más diversos argumentos de carácter intuicionista-es decir nociones estándar, que tienen una explicación dentro de los términos del positivismo jurídico-; sin embargo, a estos efectos es necesario el uso adecuado, por ejemplo, de la teoría de las relaciones de correspondencia, de la concepción vencida, de la concepción heredada y de la comunidad científica-que en el derecho sería comunidad jurídica- para identificar y perfilar adecuadamente los principales elementos que aparecen dentro cada uno de los conceptos jurídicos que conforman los mismos diversos conceptos científicos jurídicos sin dar un concepto unívoco y uno de estos, es el caso del Orden Público.
  
2. **Se trata de una institución jurídica –el orden público- de un carácter protagónico en el derecho al ser aquella la que reúne en su contenido a todas las fuentes del derecho como sus aportantes al mismo.**- El Orden Público en realidad es una institución jurídica que tiene entre sus elementos englobantes no solo elementos que aparecen en una sola fuente del Derecho, como es la ley, sino que también está



en las prescripciones que se producen desde la arista de la jurisprudencia, la dogmática, de la doctrina; de las buenas costumbres y de la moral imperante y comprende entonces todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador, es decir, no sólo la ley, sino que además comprende a otras manifestaciones del Derecho y que de ninguna manera podrían estar inobservadas por los operadores jurídicos nacionales, y que tienen el propósito de permitir el resguardo del interés superior de la colectividad que se puede establecer en lo que se denomina el bienestar general expresión que aparece íntimamente ligada con las disposiciones de carácter constitucional –la Constitución del Estado- o también de otro lado la cuestión de la moral social.

3. **Resulta ser –el Orden Público- el mejor instrumento para procurar la preservación del sistema jurídico del estado, pues realiza el proceso de vigilancia en el cumplimiento de las demás disposiciones del derecho nacional y extranjero incluso.-** El Orden Público es la institución jurídica que deviene en ser el medio o técnica que emplea el derecho para preservar los “principios fundamentales” el “interés general” resultando así que con el fin de atender el propósito señalado de englobar los intereses generales y la institución que los tienen por objeto, debe usarse (Orden Público-institución) sería aquella noción para referir la forma de cómo se limita la autonomía de la voluntad, la vigencia de los intereses generales de la sociedad, de tal manera que estos siempre prevalezcan sobre los intereses particulares. Que por el contrario resultan siendo los bienes jurídicos a proteger, por lo que se debe asumir que estos se asumen de manera más importante por los órganos jurisdiccionales. Y cuando se trate del bien jurídico – interés general– objeto de protección (orden público-objeto). Orden público –objeto –interés general de la sociedad, es un concepto indeterminado el mismo que una vez precisado en su contenido por los órganos autorizados se deberán proteger el Orden Público-institución por medio de la limitación de la autonomía de la voluntad, prevaleciendo la misma sobre los intereses particulares. Se debe distinguir el Orden

Público como objeto y como institución de las denominadas “leyes de Orden Público”, que resulta ser la forma del legislador como determina el concepto de Orden Público-objeto o interés general. Las que finalmente producen la causa, la razón y fundamento que sustentan la posición del legislador frente a las “leyes de Orden Público”, que determinarán los efectos jurídicos generales previstos por el denominado Orden Público-institución.

**4. Se ha clasificado las fuentes del derecho en directas e indirectas, las primeras son aquellas que sin intermediación alguna inciden en el orden publico y las otras las que actúan de una forma indirecta .-**

La única fuente directa del Orden Público es la ley (ordinaria o constitucional, orgánica etc.) que son las llamadas para dilucidar una cuestión, está de por medio el interés general de la sociedad (Orden Público-objeto) y podrá establecerse las consecuencias jurídicas en el caso que las personas afecten el interés general (Orden Público-institución). Otra fuente de la que se colige del Orden Público es la jurisprudencia, pero se puede dar el caso de que el legislador no asigne, esa calidad a la jurisprudencia pues esta es abierta, constituyéndose un verdadero concepto en blanco que otorga al juzgador una muy amplísima facultad de precisar el contenido cuando se encuentra de por medio el Orden Público, así como la doctrina que realiza un proceso de decantación de los mas importantes puntos de vista de los juristas, así como la dogmática que serviría a ese propósito de encarrilar los criterios de los magistrados en el momento de hacer justicia, pero también tenemos a las buenas costumbres y a la moral que se autorregulan cada tiempo, pero que se encuentra fundamentalmente determinado por el tiempo en que se da el caso a dilucidarse.

**5. Se concluye que solamente se debe hacer uso del termino ORDEN PUBLICO, por que de esta forma se esta comprendiendo los demás conceptos como “leyes de orden publico” “orden publico nacional” “orden publico internacional” “orden publico interno” y otros.-**  
Como diferencia entre Orden Público internacional y orden público

interno, se alega que la expresión Orden Público internacional ha sido propuesto en contraposición a la de Orden Público interno, reservada obviamente al estricto derecho interno ó en un sistema jurídico o en país. El Orden Público interno se refiere a un sistema legislativo, obliga tan solo a los nacionales e impide la aplicación de leyes extranjeras, dado su carácter positivo. Pero, cuando el Orden Público internacional es negativo, supone una ley que se opone a la eficacia de la ley extranjera, obligando a nacionales y extranjeros. La tendencia actual es extender el Orden Público internacional a las prohibiciones legales de orden público interno y como quiera que el orden publico interno que siendo un elemento conglobado del orden publico internacional, además que el orden publico no solo contiene “jus Cogens” sino que también esta contenido de “Jus privatorum” de allí que no solamente en el nivel académico sino también en los demás niveles debe usarse “El orden Publico” por tener una connotación amplia respecto de ambos conceptos, así los demás nomen juris que se vienen usando en los distintos ámbitos de acción del derecho.

Tan es así que la voluntad de las partes no puede derogar normas de Orden Público por ser éstas mandatarias e irreparables, de tal modo que su cumplimiento no puede estar supeditada a la misma.

Las normas de Orden Público interno pueden ceder ante el Derecho extranjero, aunque no sean de ámbito internacional, es el caso de la aplicación de los principios jurídicos al solucionarse las causas de conflictos de leyes. Las normas de orden público internacional no ceden ante ninguna otra. El Orden Público interno impide aplicar otra norma que la local; en cambio, el orden público internacional solo es imperativo de la norma extranjera.

6. **Durante mucho tiempo se tuvo la idea que el Orden Publico resulta ser solo un concepto de derecho publico sin embargo actualmente se debe establecer que se da un adecuado tratamiento por cuanto es una institución jurídica que contiene principios tanto de “Jus Cogens” como de “Jus Privatorum”, proceso que sucedió recién a partir del siglo XX, como consecuencia del desarrollo de las teorías**

**modernas del Derecho Internacional Privado.**-En el siglo pasado es donde recién se ha producido un fuerte incremento del análisis gnoseológico jurídico del denominado Orden Público y social, cuya principal característica es la mayor intervención del estado en las relaciones privadas para intentar solucionar los graves desajustes sociales y económicos como consecuencia del mayor protagonismo del liberalismo que por ahora tiene todavía un valor de carácter descriptivo o didáctico, sin consecuencias jurídicas graves. Podemos manifestar que en aquellos casos en que la *lex fori* impone una prohibición, se produce un simple efecto negativo; y en aquellos en que ella ordena, hay, primero un efecto negativo y, después un efecto positivo, que resultaría la salvaguardia de los derechos sociales y económicos de nuestro tiempo, que lógicamente están alcanzado niveles insospechados de preocupación, porque resulta indispensable contar con los mecanismos de carácter regulador que no signifique un desarrollo contrario del derecho nacional o del derecho extranjero, permitiendo la adecuada intervención, del orden publico como una institución para regular adecuadamente el trafico jurídico.

**7. Son los estados del mundo con sistemas jurídicos favorables al derecho extranjero donde más se ha extendido y profundizado la preocupación por la forma de la aplicación del Orden Publico.-**

Nadie duda que la obligación que pesa sobre un Estado para admitir en su territorio la aplicación del derecho extranjero debe tener límites, y que estos límites se encuentra en el extremo en que el derecho extranjero tuviera por consecuencia comprometer, enervar o contrariar la acción de cualquier principio que el Estado juzga indispensable para la salvaguardar la integridad de la sociedad en particular que representa. Ante una necesidad imperiosa que involucre una razón determinada, no existe ni sentimiento de cortesía, ni obligación internacional. Las relaciones internacionales solamente son lícitas mientras se mantienen inofensivas, y dejarían de serlo si tendieran a hacer o aplicar en un territorio determinado leyes que se juzgan incompatibles con la seguridad, el buen orden económico, las instituciones sociales del

Estado. Es en este dominio, que las leyes del Estado interesado son doblemente obligatorias; lo son para los nacionales, y lo son igualmente para los extranjeros y/o en la persona de aquel en quien se resulten dadas las condiciones de hecho que provocan la aplicación de la ley.

8. **El Orden Publico tiene como sus principales elementos característicos de acentuación y protagonismo dentro de un sistema jurídico a sus caracteres jurídicos de irrenunciabilidad y de imperatividad.-** En este sentido debemos anotar que la imperatividad e irrenunciabilidad son perfiles autónomos e independientes, sin embargo cuando se presenta la oportunidad de la aplicación del orden público que requiere la conjunción de ambos efectos en el momento de su actuación es clara que ello es necesario para proteger los derechos irrenunciables como los renunciables, dándose la posibilidad de ir incluso mas allá del propio ejercicio libre de la autonomía de la voluntad, pues por el lado de su imperatividad se requiere que la manifestación jurídica –ley, jurisprudencia, doctrina- se cumpla en cualquier caso, su intervención esta descontado en los casos necesarios, pero es en realidad cuando se observa que el derecho no puede ser objeto de renuncia cuando se produce la completitud de la caracterización del orden publico, que implica necesariamente incorporar a cualquier análisis de la categoría en referencia las dos condiciones de imperatividad y irrenunciabilidad para hacer posible el cumplimiento del carácter ontico del orden publico, para efectos de cumplir con el trafico jurídico en buenas condiciones.
  
9. **En realidad es necesario establecer que siendo el orden publico una institución jurídica de gran trascendencia debería ser muy conocida por los jueces en general para evitar que el derecho extranjero contrario al sistema jurídico nacional pueda penetrar en el mismo.-** En ese sentido, el juez no debería aplicar el Derecho extranjero, cuando dicha aplicación redundase en un resultado que estuviese en pugna con el Derecho Público del Estado y con aquellas leyes de Derecho Privado que el legislador ha dictado con propósitos que evidente y principalmente se refieren a la moral o al interés político,

social y económico. Si el juez debe limitarse a un leal cumplimiento de la ley de su propio Estado, cualquiera que sea la opinión que su justicia, bondad, seguridad y oportunidad le merezcan, respecto a la ley extranjera, está obligado a realizar una labor valorativa, cuyo resultado le puede conducir a declararla inaplicable por su oposición a las disposiciones imperativas de la ley nacional, a los preceptos generales de orden público, el espíritu de la legislación, la moral y las buenas costumbres, etc...

10. **El Orden Publico resulta siendo el mejor elemento en la construcción de la finalidad de la ley en el propósito de realizar claramente la permanente reconstitución del derecho por los demás extremos, que configura el estudio juridico de todos los principios generales del derecho.-** Debe abandonarse el criterio corriente de buscarse en la ley, el fin del Orden Público para considerarla imperativa en caso de hallarlo y al adoptarse debe tenerse la por imperativa en principio, examinado en cambio si existe comprometida una garantía constitucional. La doctrina reconoce de forma unánime esta valoración judicial, puesto que dada la variabilidad del Orden Público, esto es, dada la mutabilidad que esta expresión sufre en el tiempo y en el espacio, es imposible una previsión anticipada de todos los casos de Orden Público. Casi ya no existe confusión entre territorialidad de la ley y Orden Público. Se defiende el Orden Público del foro. Con lo cual se está mayoritariamente por legislar una cláusula de reserva de carácter general, y esto ha ocurrido a la presencia del positivismo que no ha podido explicar los conceptos sino de manera cerrada, absoluta y definitiva sin posibilidad de establecer perfiles que son ahora lo que acepta por el nuevo paradigma de la nueva filosofía de la ciencia. Se da una regulación del efecto positivo del orden público en el actual momento codificador, que permite que solamente los operadores deban establecer nuevas orientaciones. Por lo que se reconoce una grave influencia de la terminología de las convenciones de la Conferencia de La Haya, que se manifiesta en la formulación legal de los distintos sistemas jurídicos del mundo.

**11.-El Orden Publico según se ha establecido en nuestro planteamiento debe ser dado en términos de perfiles por ejemplo, la intemporalidad, la irrenunciabilidad, su primacía sobre la autonomía de la voluntad, su imperatividad, su carácter jurisdiccional, y los demás que son necesarios para su conformación.-** Se tiene la certeza que al no haberse solucionado el debate sobre el concepto de “orden publico” por el positivismo jurídico en la ciencia del derecho se debe orientar las miradas hacia la Nueva Filosofía de la Ciencia por que esta área del conocimiento permite encontrar que no es necesario formular conceptos cerrados, unívocos, absolutos sino que basta que se establezcan la determinación de los perfiles que conforman un concepto, de tal manera que solamente es necesario encontrar los principales elementos que conforman un concepto para a partir de ellos formar cualquier numero conceptos que se pudieran establecer, permitiendo no quedarse anudado a una época, sino que se modulen los mismos con la aceptación del contenido de los principales elementos, en lo que viene a ser un plantemiento para no permitir el encasillamiento en ideas como si fueran estas las ultimas, ademas que como se ha dicho siempre cuando se busca llegar a un concepto univoco lo que se consigue es dejar de lado elementos que pudieran ser de carácter gravitante en la enunciacion de un determinado concepto .-

## **IX.2. RECOMENDACIONES**

1. **Aplicar la Nueva filosofía de la ciencia al Derecho, para ello debe ahondarse en el estudio de la Epistemología jurídica.-**Se debe buscar el anudamiento del estudio del Derecho con la base filosófica permitiendo **un** mayor acercamiento dejando libre así la posibilidad de lograr evidenciar sobre el análisis de la Nueva Filosofía de la ciencia una revisión de algunos conceptos jurídicos debiendo exigirse a los operadores del Derecho el conocimiento de la Epistemología para establecer adecuadamente el fundamento de la ciencia del Derecho

haciendo un reconocimiento de los distintos aportes que se han realizado desde el área de la filosofía para vertebrar una nueva concepción de los distintos términos y conceptos científicos que son materia del Derecho y que deben ser llamados a usarse en esta ciencia de tal manera que se logre establecerla desde una óptica científica y adecuadamente establecida en el Derecho de nuestro tiempo, y así ir paulatinamente encontrando la solución a la terminología jurídica poco clara o poco definible en razón de la existencia del positivismo como base filosófica de la ciencia del Derecho.

**2. Necesidad de la aplicación a cualquier actividad jurisdiccional de manera concurrente las fuentes del derecho, requiriéndose para ello se integre el estudio de la parte introductoria del derecho .-**

Debe recomendarse a los distintos operadores del Derecho que todo análisis de una institución del Derecho debe ser apropiadamente comprendida desde una óptica que permita el estudio interdependiente de la ley, la doctrina, la jurisprudencia, la dogmática y la costumbre, de manera que sirvan adecuadamente al enfoque gnoseológico jurídico haciendo que dentro un horizonte amplio se puede mejorar las distintas decisiones jurisdiccionales e incluso del máximo tribunal de instancia, pues se trata de elementos esenciales en todo análisis de carácter jurídico para lograr así una determinada comprensión de una determinada institución, a la luz de la interpretación e integración y su concretización en la realidad muy controvertida y inesperada en la que toca interactuar y así realizar un adecuado planteamiento respecto de su funcionamiento y su aplicación en un determinado sistema jurídico en el mundo, ajustando un poco el carácter predictivo que debe tener la ciencia del derecho para continuar siendo una alternativa adecuada.

**3. La Constitución resulta en realidad expresión del Bienestar General, por lo que se requiere sea en este instrumento legal donde aparezca alguna disposición para la defensa de la misma.-**



La Constitución de un Estado es la expresión de lo que tiene como orientación ese Estado por lo que pues dentro de ese cuerpo de normas se establecen de alguna manera los principios generales e incluso se plasma el conjunto de principios que son materia de consagración y respeto en un determinado Estado, es decir el bienestar general, para ello inicialmente se elabora un sistema jurídico –que en el caso peruano es ciertamente ampuloso, habiéndose presentado el hecho de que algunas normas incluso sin estar derogadas, jamás han sido aplicadas y probablemente se estime que la solución resulte ser un planteamiento al estilo de Argentina donde ya se llevado a cabo la ejecución del denominado “**digesto**” para lograr presuntamente la adecuada solución a ese enjambre de normas sin más orden que un avisado estudioso pretenda dar como solución al tema, lo contrario es realizar un adecuado estudio del Orden Público para así establecer adecuadamente una mejor defensa de los principios fundamentales y el bienestar general que son el elemento esencial que se encuentra en toda Constitución de un Estado.

4. **La ley como dirimente de primer orden entre el derecho nacional y el derecho extranjero, significa que los operadores jurisdiccionales deben tener entre manos una disposición que conlleve una jerarquización en ese sentido, a fin de viabilizar el desarrollo en la aplicación del derecho .-**El Orden Público, es una institución jurídica que permite señalar taxativamente que la ley es la primera fuente directa para dilucidar un conflicto de intereses entre el Derecho extranjero y el Derecho nacional afectado por una manifestación de ese Derecho extranjero cuyo ingreso generaría una fuerte controversia en el ámbito del propio sistema jurídico nacional sino que además se requiere establecer que lo más importante es llevar a cabo un mayor manejo de los principios fundamentales que se necesitan para efectuar un mejor levantamiento de las observaciones, objeciones, que vienen a producirse en los casos cuando interviene el Derecho extranjero propiciando el ingreso de normas contradictorias

con el Derecho nacional, cuya única manera de enfrentar es por ocasión los elementos que presta la interpretación jurídica que parte del análisis pormenorizado de la ley que se encuentra en vigencia en el sistema jurídico interno nacional .

5. **El Contenido del orden Público desde el modelo científico de la Nueva Filosofía de la Ciencia, constituye el hecho de que se debe expresar el mismo en características y/o perfiles que permitan identificarlo adecuadamente, por lo que cabe sugerir estudiarlo en esos términos permitiendo así el aumento en su captación .-**El Orden Público ha terminado estableciendo que en realidad se trata de una institución que engloba no solamente al Orden Público internacional o al Orden Público interno sino que en realidad es una institución jurídica que guarda en su seno elementos que son conformantes no solo del sistema jurídico internacional sino también de carácter interno lo cual conlleva a decir que la institución en estudio tiene un carácter autónomo que la sitúa como propiamente independiente y con una sólida perspectiva que no puede soslayarse y en realidad debe ser porque permite ser así mejor estudiada sin las menores restricciones que significan ir del Derecho extranjero al Derecho Nacional donde no se puede encontrar sino contradicciones y las mismas no pueden ser detalladas de la mejor manera posible por cuanto el inmenso conjunto de información que se debe lograr no solo es conocer sino dominar para después recién elaborar conceptos principios, dogmas al respecto.
6. **Promover la ampliación del ámbito de aplicabilidad del orden público, lo que implica de un modo u otro que se use en las nuevas áreas del derecho que vienen surgiendo, innovándose o complementándose en la actualidad.-**Lo que anteriormente se utilizaba –Orden Público- en materia como el derecho de personas, de familia, reales, de sucesiones, Contratos, etc., con el devenir del tiempo ha venido siendo copado y articulado por otros aspectos del quehacer humano en la actualidad y solo mencionaremos los casos

del derecho del consumidor, la leyes económicas y las leyes laborales donde se han establecido que existen los derechos pero que en algunos casos solo se ha establecido la defensa mediática de algunos importantes derechos y estando en este ámbito también el derecho de integración o también conocido como derecho comunitario, que sirve para causas donde se puede dar elementos de mayor realce que permita el control y adecuado contrapeso de las convenciones que toman los operadores económicos, laborales, sociales y que nos ayudan de manera rápida al control de abusos o violaciones del sistema jurídico interno de un Estado o incluso de las comunidades donde se desarrolla el proceso comunitario.

**7. Inversión extranjera y el orden público, lo que significa que aun a pesar de la necesidad de progreso del país o cualquier país del mundo se debe seguir manteniendo incólume el sistema jurídico nacional, o al menos con respeto por los principales derechos.-**

Siempre los Estados del mundo han hecho prevalecer su soberanía sobre todo lo que ocurra en su territorio, sin embargo, las modernas razones que han traído la necesidad de capitales que tienen los estados en vías de desarrollo como nuestro país han determinado que en algunos casos se establezcan quebrantamientos parciales o totales a leyes del Estado nacional, es el caso de los contratos de estabilidad tributaria y otros donde los inversionistas extranjeros haciendo uso de su posición de dominio en la economía han situado a nuestro país de tal forma que les permita reconocer que existen intereses que debe cautelar a un a pesar de ir contra el sistema jurídico nacional, y hacen que los ciudadanos se vean perjudicados en sus derechos como es el caso de un renta básica de Telefónica del Perú S.A., donde el ciudadano debe abonar sumas económicas mensuales aun a pesar de no recibir prestación económica alguna, en un caso en el que se hace pagar por una prestación no recibida lo cual es contradictorio con cualquier principio elemental del derecho.

8. **La aplicación estudio y empleo del modelo científico de la nueva filosofía de la ciencia, es buscar orientar la ciencia jurídica por la senda de este modelo científico, y así permitir dar respuestas a muchos problemas todavía irresueltos en la ciencia jurídica.**-El Orden Público no debe estar sujeto a un determinado concepto por cuanto como se ha detallado debe tenerse que este es un forma natural del estilo positivismo antiguo y que aun prevalece en mucho del trabajo jurídico actual, tratar de haerlo todo en conceptos absolutos unívocos; sino debe limitarse ha determinar cuales son sus perfiles como se puede apreciar en el capítulo VIII y donde con ese propósito señalamos los más importantes de esos perfiles en numerus apertus para permitir la formulación de los diversos entendimientos de la categoría jurídica en estudio y aun si persistiera el afán de los positivistas de continuar por la senda de los distintas formas de levantar los conceptos absolutos diremos que allí están los elementos que integran el concepto, que finalmente si así lo desean formulen los conceptos unívocos y absolutos en el número que lo deseen, según sus propias predilecciones y simpatias.
9. **La labor jurisdiccional debe proceder a reperfilar la noción de orden público, para lo cual se requiere una mayor información en los distintos operadores del derecho a través del repotenciamiento del estudio de la institución en referencia.**-El Orden Público tiene una aplicación que mayormente se puede tangibilizar en el trabajo de los jueces en general quienes a través de su trabajo dentro del órgano jurisdiccional son los que mejor aportan al reconocimiento del Orden Público en esa esfera, de allí que sea necesario utilizar los mejores elementos para desarrollar los perfiles que deben preceder en la identificación de esta institución jurídica de mucha data que tiene una gravísima responsabilidad, la de no permitir el acceso al Derecho extranjero contrario al sistema jurídico nacional y así cuidar la intangibilidad del mismo, para ello requiere que los operadores jurídicos puedan tener un conocimiento de las bases de esta institución jurídica, para que su labor sea destacable y proficua.

10. **El orden público resulta uno de los mejores instrumentos para preservar los demás principios generales del derecho, de los cuales tampoco se tiene una definición por no permitirlo así el modelo científico seguido hasta ahora por la ciencia jurídica .-** El fin del Orden Público se considera a partir de establecer cuál es el ámbito de protección sobre el que debe desenvolverse y de qué manera se logra los objetivos de cada uno de los efectos de desarrollo de los elementos de la institución que no solo está para actuar; sino como institución de defensa del sistema jurídico nacional por lo que se buscaría que más se considere una adecuada actuación de los elementos de desarrollo dentro del espíritu que plantea la Carta Fundamental para el cuidado de los demás principios la consecución del Estado y que están más allá incluso del espíritu del constituyente, porque viene incluso de la tradición, de los valores que tienen los ciudadanos y que se han ido perfilando dentro del quehacer permanente del Estado, y de su habitantes.  
Es el caso que después de este larga averiguación estamos en posibilidad de decir que si hay orden publico legislado dentro de un sistema jurídico este se impone para su defensa, por que no existe una mayor garantía que este, en el proposito de defenderlo.
  
11. **Se hace la propuesta legislativa de modificación de la Constitución del Estado Peruano, con el propósito de lograr que a partir de este instrumento uniformar nuestro sistema jurídico peruano, sin embargo de darse una nueva constitución para nuestro país se debe proponer una –norma- en términos de Cláusula de Reserva General.-** Despues de haber realizado el proceso de la presente investigación queda muy claro que los codigos no deben contener definiciones de las instituciones juridicas y que estas definiciones deben abordarse desde de la orilla de la doctrina que debe resultar siendo la que se encargue de este trabajo, asi queda demostrado de manera palmaria con lo que se hizo con el Codigo Civil Aleman de 1,900. De alli que se propone que desde la

nueva orientación que abordamos y desde la óptica de una reforma constitucional, como uno de los productos del trabajo de la presente tesis la modificación del artículo 62 de la Constitución Política del Estado Peruano de 1993 cuyo texto textualmente dice lo siguiente:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”.

Debiendo decir:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato **y al Orden Público**. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En caso de una nueva constitución se propone una norma –cláusula de reserva general- en los siguientes términos.-

Modificar el inciso 14 del art. 2º de la Constitución del Estado peruano que dice:

Toda persona tiene derecho: (...)

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga leyes de Orden publico

Debiendo decir:

Toda persona tiene derecho: (...)

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga el Orden publico

**Planteandose finalmente y todo caso un solo articulo en los siguientes terminos.-**

**Artículo X.-** La aplicación del derecho extranjero queda excluido si fuese contraria al orden público, a las buenas costumbres o contradijera la finalidad de una ley peruana.-

#### IX.4. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFIA Y ANEXOS.-

##### -.BIBLIOGRAFIA.-

1. ADAM MUÑOZ, Marías Dolores. **"El Proceso civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional"**. Editorial Aranzadi. Segunda edición. Pamplona, España, 1997.
2. ABASCAL ZAMORA, José M. **"Los Principios sobre los contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT"**. Editorial derecho de Los Negocios. Madrid, España, 1997.
3. ALCHOURRON, Carlos E. **"Lagunas del Derecho y Análisis de los casos"**. Bulygin Eugenio Talleres Graf. Buschi S.A. Buenos Aires, Argentina, 1971.
4. ALFONSIN, Quintín. **"Curso de Derecho Internacional Privado"**. Montevideo, Uruguay, 1955.
5. ALVARADO HERRERA, Lucia. **"Comentarios a los principios de Unidroit. Y otros para los contratos del comercio Internacional"**. Editorial Aranzadi. Primera edición. Madrid, España, 1998.
6. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, José M. **"Condiciones generales en la contratación Internacional"**. Editorial Aranzadi. Segunda edición. Madrid, España, 1992.
7. ÁLVAREZ LONDOÑO, Luís F. **"Derecho Internacional Privado". Parte general**. Editorial Javegraf. Bogota, Colombia, 2002.
8. ÁLGHAVE E. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial grafica. Bs. As., Argentina, 2003.
9. AGUILAR NAVARRO, Mariano. **"Derecho Internacional Privado"**. Editora Universidad de Madrid. Facultad de Derecho Secciones Publicaciones Ariel. Madrid, España, 1982.
10. ARAUZ CASTEX, Manuel. **"La Ley de Orden Publico"**. Valerio Abeledo Editor. Buenos Aires, Argentina, 1945.
11. ARELLANO GARCÍA NAVARRO, Carlos. **"Derecho Internacional Privado"**. Editora Porrúa. México, 1989.
12. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. **"Los Contratos Modernos"**. WG Editor. Lima, 1994.
13. ARMIJON, Pierre. **"Precisiones de Derecho Internacional Privado"**. Edit. Dalloz. 2ª ed. París, 1934.

14. AYASTA GONZALES, Julio. **“El Derecho comparado y los Sistemas Jurídicos contemporáneos”**. Editorial. RJP. Lima, Perú, 1991.
15. AUDIT, Bernard. **“Droit international privé”**. Economica Rue Hericart 75015. París, Francia.
16. AUBRY et Rau. **“Derecho Internacional privado”**. 3ª edic. París, Francia, 1980.
17. BADAWI E. **“Derecho internacional privado”**. Edit Reus. Madrid, España, 1930.
18. BADIALI, Giorgio. **“Orden Publico y Derecho extranjero”**. Edit A. Giuffre. Milán, Italia, 1963.
19. BADENES GASSET, Ramón. **“Metodología del Derecho”**. Editorial Bosch S.A. Madrid, España, 2000.
20. BALESTRA, Ricardo R. **“Manual de Derecho Internacional Privado”**. Parte General, Primera Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
21. BALLARINO, Tito. **“Diritto Internazionale Privato”**. Padova Cedam. Italia, 1999.
22. BARBERO, Domenico. **“Sistema del Derecho Privado”**. Ediciones Jurídicas Europa-América. 2ª edición. 337 pp. Buenos Aires, 1967.
23. BARTIN ETIENNE. **“Notas de Derecho Internacional Privado”**. Domat –Montcherestien Edit. París, Francia, 1935.
24. BARRERA MARTINEZ, Carlos H. **“Notas de Derecho Internacional Privado”**. Bhos Editores. 1ª edición. 174pp. Tunja, Colombia, 2003.
25. BASADRE AYULO, Jorge. **“Derecho Internacional Privado”**. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Feb. 2000. Lima, Perú.
26. BASZ, Victoria. **“Derecho Internacional Privado”**. Campanella Elisabet Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.
27. BaR LUDWIG Von. **“Teoría y practica de Derecho Internacional. Privado”**. Reimpresión Aalen. Hannover, Alemania, 1962.
28. BARILE, Giussepe. **“La Function historica de droit Internationale prive”**. Recueil des Tours. París 1964, Francia.
29. BARTOLO DE SAXOFERRATO. **“Lex Cunctos populos”**. Edit. Reus. Madrid 1940, España.



30. BATIFFOL, Henri. **"Derecho Internacional Privado"**. LGDJ. París 1959, Francia.
31. BATIFFOL Y LAGARDE. **"Derecho Internacional Privado"**. Dalloz. París, 1981 Francia.
32. BIOCCA-CARDENAS-BASZ. **"Lecciones de Derecho Internacional Privado"**. Parte General. Segunda edición Reimpresión. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
33. BIELSA, Rafael. **"Derecho Constitucional"**. Edit. Depalma, Tercera edición. Buenos Aires 1959, Argentina.
34. BIBILONI. **"Reforma dl codigo Acta de comision I"**. Ediar.Tercera edición. Buenos Aires 1959, Argentina.
35. BOGGIANO, Antonio. **"Curso de Derecho Internacional Privado"**. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Argentina.
36. BOBBIO, Norberto. **"Teoría General del Derecho"**. Editorial Debate. Madrid. 1996. España.
37. BOGGIANO, Antonio. **"Contratos Internacionales"**. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995. Argentina.
38. BORDA, Guillermo. **"Derecho Interacional Privado"**. Ediciones Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1959. Argentina.
39. BORREL Y SOLER, Antonio M. **"El Contrato de Compraventa según el C.C. Español"**. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1952. España.
40. BROCHER. **"Nouveau Traite"**. Edit. Reus. Madrid 1952. España.
41. CALANDRELLI, Alcides. **"Cuestiones de Derecho Internacional privado"**. Editorial Astrea Segunda edición. Buenos Aires 1915 Argentina.
42. CALVO CARAVACA, Alfonso L.; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA Luís. **"La Compraventa Internacional de Mercaderías Internacional"**. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997 España.
43. CALVO CARAVACA, Alfonso L.; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier **"Conflictos de Leyes y conflictos de Jurisdicción en Internet"**. Editorial Colex S.A. Madrid 2,001 España.
44. CALVO CARAVACA, Alfonso L.; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. **"Contratación Internacional"**. Editorial Colex S.A. Madrid 2,003 España.

45. CALVO CARAVACA, Alfonso L. **"Derecho Concursal Internacional"**. Editorial Comares Segunda edición. Granada 2004 España.
46. CALVO CARAVACA, Alfonso L. **"Los contratos Internacionales de Construcción"**. Editorial Comares Segunda edición. Granada 1999 España.
47. CALVO GARCÍA, Manuel. **"Teoría del Derecho"**. Editorial Tecnos Segunda edición. Madrid 2,000 España.
48. CALVO GARCÍA, Manuel. **"Los Fundamentos del Método jurídico: una Revisión crítica"**. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid 1994 España.
49. CAPITANT, Henri. **"Introducción al estudio al Derecho civil"**. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid 1991 España.
50. CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. **"El Contrato Internacional"**. Editorial Civitas S.A. Primera edición. Madrid 1992, España.
51. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **"El Derecho Internacional en un Mundo de Cambio"**. Ediciones Tecnos S.A. Madrid 1984 España.
52. CARDINI Y AGLIANO. **"Orden publico"**. Ediciones Abeledo Perrot. Bs. As. 1959 Argentina.
53. CASADO RAIGON, Rafael. **"Notas sobre el IUS COGENS Internacional"**. Servicios de publicaciones de la UCO. Córdoba 1999 España.
54. CATELLANI. **"Derecho Internacional Privado"**. 1ª edición. Padova 1883 Italia.
55. COCK ARANGO, Alfredo. **"Tratado de Derecho Internacional Privado"**. Ediciones Prensas de la Universidad Nacional. Bogota 1952 Colombia.
56. COLOMBOS C. John. **"Derecho Internacional Marítimo"**. Ediciones Aguilar. Bs. As. 1982 Argentina.
57. Conde y Luque, Rafael. **"Derecho Internacional Privado"**. Establecimiento Tipografico de Fortanet. Madrid 1900 España.
58. CONTRERAS VACA, Francisco José. **"Derecho Internacional Privado"**. Editora Comares 4ta. Edición. Granada 2,003 -España.
59. COUTURE, Eduardo J. **"Fundamentos de Derecho procesal Civil"**. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1958. Argentina.

60. CORRAL TALCIANI, Hernan y otros. **"Derecho de los Contratos"**. Universidad de los Andes Fac. Derecho. 2002 Chile
61. COSSIO, Carlos. **"La teoría Egologica del Derecho y el concepto Jurídico de Libertad"**. Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1944 Argentina.
62. DAVID, Rene. **"Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos"**. Aguilar ediciones S.A. Segunda edición. Madrid 1967.
63. DEMANTE A.M. **"Curso Analítico del Código civil "**. Aguilar ediciones S.A. Segunda edición. Madrid 1967.
64. DíEZ.PICAZO, Luís. **"Los Principios del derecho Europeo de Contratos"**. Editorial Civitas S.A. - I Tomos. Madrid, 2,002. España.
65. DíEZ-PICAZO, Luís. **"Sistema de derecho Civil"**. Editorial Tecnos S.A. - IV Tomos. Madrid, 1995. España.
66. DíEZ-PICAZO, Luís. **"Fundamentos del derecho Civil Patrimonial"**. Editorial Civitas S.A. - II Tomos. Madrid, 1996. España.
67. DíEZ-PICAZO, Luís. **"La Compra Venta Internacional de Mercaderías (comentario de la Convención de Viena "**. Civitas Madrid, 1998 España.
68. DE LA FUENTE, Horacio H. **"Orden Publico"**. Astrea, Buenos Aires 2003.
69. DE LA ROA, Julio. **"Del Orden Publico en el derecho positivo"**. J. Menendez, Bs. As. 1926.
70. DEL VECCHIO, Giorgio. **"Los Principios Generales del Derecho"**. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1971 España.
71. DIENA, G. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Reus 2da. Edición. 509 pp. Turín 1919 Italia.
72. DESPAGNET. **"Precisiones Derecho Internacional Privado"**. Edit. Por Boeck. París 1909 Francia.
73. DE ORUE J.R. **"Manual de Derecho Internacional Privado"**. Edit. Block. Madrid 1952 España.
74. DE CASTRO, Federico. **"Derecho Civil Español"**. Edit. 2da. Madrid 1949 España.
75. DWORKIN, Ronald. **"Los derechos Serios"**. Editorial Ariel. 2ª edición 509 pp. Barcelona 1995 España.

76. EHREZWEIG Albert. **“Derecho Internacional Privado”**I. Leiden, Sijthoff. Wasch 1977 EE. UU.paña.
77. ENNECERUS, Ludwig. **“Derecho Civil”-Parte General**. Editorial Civitas. Barcelona 1997 España.
78. EKDHAL ESCOBAR, Maria Fernanda. **“La doctrina de los Actos propios”**. Editorial Civitas 174 pp. Madrid 1997 España.
79. ESSER. **“Principios y forma en la elaboración del Derecho Privado”**. Trad. Eduardo Valeti Fiol. Barcelona 1961. España.. **“Derecho Internacional Privado”**. Trad. Eduardo Valeti Fiol. Barcelona 1967. España.
80. ESPERSON. **“Derecho internacional Privado”**. Editorial Reus. Pavia 1868 Italia.
81. ESPINAR VICENTE, José Maria. **“Derecho Procesal Civil internacional”**. Editorial Civitas. Madrid 1992. España.
82. ESPLUGUES Mota, Carlos. **“Código de Derecho Internacional Privado Español”**. Editorial Civitas S.A. 1era Edición. Madrid 1989 España.
83. ESPLUGUES Mota, Carlos. **“Derecho del comercio Internacional” Y otros**. Editorial Tirant le Blanch. 1era Edición. Madrid 2003 España.
84. **FEDOZZI , Prospero. “Derecho Internacional Privado”**. Edit Cedam. Padua 1987 Italia
85. **FAWCETT. “Trade and Finance Internacional law “**. Edit Chesdam. Madrid 1997 España
86. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **“La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina”**. Editorial Eurolex. Madrid 1994 España
87. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Luis. **“Derecho Mercantil Internacional”**. Calvo Caravaca, Alfonso Luís Editorial Tecnos s.f. Madrid 1995 España
88. FERNÁNDEZ PRIDA. **“Fundamento del Derecho Internacional Privado “**. Edición Valladolid. 1896 España
89. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **“Derecho del Comercio Internacional”**. (Varios autores) Eurolex. Madrid 1996. España.

90. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **“Derecho del Comercio Internacional”** (Y Sánchez Lorenzo Sixto) Editorial Civitas 2da Edición 779 pp. Madrid 2,000 España.
91. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **“Derecho Internacional Privado”**. (Y Sánchez Lorenzo Sixto) Editorial Civitas 2da Edición 703pp. Madrid 1993 España.
92. FERID. **“Metodos Internacionales”** Editora Praxis. Berlin 1975 Alemania.
93. FERRI, Luigi. **“Lecciones sobre el contrato”**. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima. 2004 Perú.
94. FERRI, Luigi. **“La Autonomía Privada”**. Editorial Revista de Derecho Privada 2da. Edición 446pp. Madrid 1969. España
95. FERRI, Luigi. **“Derecho y Razón”**. Editorial Trotta 1era. Edición. Madrid 2,001-España.
96. FERRI, Luigi. **“Los Fundamentos de los derechos fundamentales”**. Editorial Trotta 2da. Edición 991 pp. Madrid 1995-España.
97. FEYERABEND Paul K. **“Contra el Método”**. Ediciones Orbis S.A. Buenos Aires. 1984 Argentina
98. FIORE, Pasquale. **“Derecho Internacional Privado “**. Trad. Esp. Garcia Moreno- 2da. Edición. Madrid. 1989-1904 España.
99. FLUME, Werner. **“El Negocio Jurídico”**. Fondo Cultural del Notariado. Madrid. 1998 España.
100. FOELIX J.J. **“Principios de Derecho Internacional Privado”**. Edit por Demangeat. París 1860-61 Francia.
101. FORNER DELAYGUA Joaquín J. **Hacia un convenio mundial de “exequátur”**. Editorial Bosch. Barcelona. 1999 España
102. FRANKSTEIN E. **“Derecho Internacional Privado”**. Recueil des Tours. París 1930-Francia
103. FRANCESCAKIS, Phocion. **“Conflictos de leyes”**. Sirey. París 1956-Francia.
104. FRISH PHILIPP, Walter. **“Derecho Internacional Privado y Procedimiento Internacional”**. Porrúa 1era. Edición. 292 pp. México 1993

105. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **“Los sistemas Constitucionales Iberoamericanos”**. Editorial Dykinson. Madrid 1992. España.
106. GARCÍA CALDERÓN KOECLIN, Manuel. **“Manual de Derecho Internacional Privado”**. Lima 1969.
107. GARCÍA CASTAÑETA, Carlos. **“Programa de Derecho Internacional Privado”**. C.I.P. Lima 1938
108. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **“Filosofía del Derecho”**. Editorial Porrúa. México 1999.
109. GARDE CASTILLO. **“La institución desconocida del Derecho internacional Privado”**. Editorial Porrúa. México 1999.
110. GARCIA PERROTE, Ignacio. **“ Ley y Autonomía colectiva”**. Miniterio de trabajo Y Seguridad Social. Madrid 1987-España
111. GARGARELLA, Roberto. **“Las teorías de la Justicia después de Rawls”**. Editorial Paidós, Barcelona. 1999
112. GENY, Francois. **“Ciencia y tecnica en derecho Privado positivo”**. Librería General de Derecho y jurisprudencia. París, 1990 Francia
113. GHESTIN, Jacques. **“Las Obligaciones”**. Librería General de Derecho y jurisprudencia. París, 1980 Francia
114. CASTAN TOBEÑAS, José. **“Derecho Civil de España”**. Edit. Civitas. Madrid 1962-España
115. GARRO A.M. Zuppi A.L. **“Compraventa Internacional de Mercaderías”**. La Rocca, Buenos Aires 1990 Argentina.
116. GARCÍA VELASCO, Inocencio. **“Derecho Internacional Privado”**. Librería Cervantes Salamanca 1994.
117. GARRIGUES, Joaquín. **“Curso de Derecho Mercantil”**. II Tomos Editorial Porrúa s.f. 9na. Edición México, 1993.
118. GEORGE, Susan. **“Informe Lugano”**. Icaria editorial s.f. 8va. Edición España, 2002.
119. GESTOSO TUDELA, L. **“Derecho Internacional Privado”**. 1era. Edicion. Madrid 1935 España.
120. GOLDSCHMIDT, Werner. **“Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”**. Tres Tomos. E.J. Europa-América Bs. As. 1952

121. GOLDSCHMIDT, Werner. **"Introducción Filosófica al Derecho"**. I Tomo. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1981
122. GONZÁLES MORFIN, Efraín. **"Temas de Filosofía del Derecho"**. Colección Reflexión y Análisis 2da Edición. Madrid D.F. 2003. España.
123. GONDRA J. M. **"Derecho Internacional Privado"**. Colección Reflexión y Análisis 2da Edición. Madrid D.F. 2001. España.
124. GRACIMARTIN ALFÉREZ F.J. **"Contratación Internacional y medida de Coerción económica"**. Madrid 1993 España.
125. GRAULICH, Paul. **"Derecho Internacional Privado"**. Edit. Dalloz. París 1961 Francia.
126. GUZMÁN LATORRE, Diego. **"Tratado de Derecho Internacional Privado"**. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Feb. 2000, Lima, Perú.
127. GUZMÁN BRITO, Alejandro. **"La Codificación Civil en Iberoamericana"**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 2,000 Chile.
128. HABERLE, Peter. **"El Estado Constitucional"**. Universidad Autónoma de México. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2,003 Perú
129. HEALY, Thomas. **"Teoría General del derecho"**. Academia de Derecho Internacional. Bs. As. 1925 Argentina
130. HEGEL, Guillermo Federico. **"Filosofía del Derecho"**. Editorial Claridad. Buenos Aires 1922-Argentina.
131. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **"Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica"**. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Primera Edición. Madrid 2002, España.
132. HERRAN MEDINA, Alvaro. **"Compendio de derecho Internacional Privado"**. Editorial Temis. Bogotá 1959-Colombia.
133. HERRERO RUBIO, A. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Valladolid. Valladolid 1974-España.
134. HUBERO Ulrico. **"De Conflictum Legum"**. Editorial Albatros. Mexico 1939-Mexico
135. HUNTINGTON, Samuel P. **"El Choque de Civilizaciones"**. Editorial Paidós s.f. Madrid 1997 España.

136. IASONI, Marie. **"El fin en el Derecho"**. Editora Librería Portocarrero 1ra. Edición. Lima 2002.
137. JELLINEK, George. **"Teoría General del Estado"**. Editorial Albatros. Buenos Aires 1980 Argentina
138. JEREZ DELGADO, Carmen. **"Los Actos Jurídicos Objetivamente fraudulentos"**. Centro Estudios Regístrales 2da. Edición 431pp. Madrid 1999.
139. JITTA, Joseph. **"Metodo de Derecho Internacional Privado"**. Trad. Esp. Edit Reus. Madrid 19890-España
140. JORDANO FRAGA, Francisco. **"La Responsabilidad Contractual"**. Editorial Civitas S.A. Madrid 1987, España.
141. KALLER DE ORCHANSKY, Berta. **"Manual de Derecho Internacional Privado"**. Editora Plus Ultra. Buenos Aires 1989 Argentina.
142. KANT, Inmanuel. **"Principios Metafisicos del Derecho"**. Editora Plus Ultra. Buenos Aires 1989 Argentina.
143. KAUFMAN, Armin. **"Derecho Internacional Privado"**. Ediciones Desalma. Buenos Aires 1977 Argentina.
144. KERLINGER, Fred N. **"Investigación del Comportamiento"**. Mac GRAW HILL. 2eda. Edición México, 1991.
145. KEGEL, Gerhard. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Rosaristas. 4ta. Edición 174p. Bogota 1982-Colombia.
146. KHAN, Thomas. **"Derecho Internacional Privado"**. Reus. Primera edición en esp. Madrid. 1919 España.
147. KUHN S., Thomas. **"Las estructuras de las Revoluciones científicas"**. Fondo de Cultura Económica Primera edición en esp. México D.F. 2,000 México.
148. LAGARDE, Paul. **"Acerca del orden Publico en el Derecho Internacional Privado"**. Librerías generales en Derecho y Jurisprudencia. París 1959 Francia.
149. LARENZ, Karl. **"Derecho Civil"**. Editorial de Derecho Reunidas. Jaen 1978 España.
150. LARENZ, Karl. **"Metodología de la ciencia del Derecho"**. Editora Ariel. Barcelona 1980 España.



151. LAZCANO, Carlos A. **"Libro de Derecho Internacional Privado"**. Edición La Plata Argentina-1965.
152. LIENHARD. **"El rol y el valor del orden publico"**. Edición Dalloz. París-1935.
153. LEREBOURS PIGEONNIERE Paul. **"Derecho Internacional Privado"**. Edición Dalloz. París-1928.
154. LENOBLE J. **"El repudio en el Derecho Internacional Privado Belga"**. Edición Dalloz. París-1939.
155. LEDESMA, Carlos A. **"Principios del Comercio Internacional"**. Edición Machi. Buenos Aires -1992. Argentina
156. LLAMBÍAS Jorge J. **"Tratado de Derecho Civil"**. Edición Abeledo Perrot. Buenos Aires -1982. Argentina
157. LORCA NAVARRETE, José F. **"Temas de Teoría y Filosofía del Derecho"**. Ediciones Pirámide S.A. Madrid 1994 España.
158. LOUSSOUARN Y BORUEL P. **"Droit International prive"**. Ediciones Dalloz. París 1978 Francia.
159. LOCRE. **"Discursos"**. Ediciones Dalloz. París 1981 Francia.
160. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. **"Derecho Comercio Internacional"**. Centro de Investigación y Capacitación. Editora Ital Peru S.A. Lima 1980.
161. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. **"Sentencias Extranjeras"**. Centro de Investigación y Capacitación. Editora San Marcos S.A. Lima 1987.
162. MAKAROV, Alexander. **"Derecho internacional Privado"**. Edit LGDJ. París 1933-Francia.
163. MANGAS MARTÍN, Araceli. **"Derecho Comunitario europeo y derecho español"**. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1987 España
164. MANS PUIGARNUD, Jaime M. **"Los principio generales del Derecho"**. Casa Editorial S.A. Barcelona 1979, España.
165. MARIDAKIS, Georges. **"Introducción al Derecho Internacional Privado"**. Recueil des Cours. París 1962, Francia.
166. MASEDA RODRÍGUEZ, Javier. **"Aspectos Internacionales de la Concesión Mercantil"**. I Tomo. Imprenta Universitaria Universidad. Santiago de Compostela 2000 España

167. MARTINES RUIZ, Roberto. **“La Interpretación Judicial de la ley y la Seguridad Jurídica”**. Academia Nacional del Derecho y ciencias sociales Anales Año XXIX, Segunda época N° 22 Págs. 5 y SS.
168. MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz Maria. **“La Alteración de las Circunstancias Contractuales”**. Editorial Civitas S.A 1era. Edición. Madrid, 2003 España.
169. MAURY, Jacobo. **“La evicción de la ley”**. Editorial Albatros 1era. Edición. Mexico 1989 Mexico.
170. MAYER, Pierre. **“Derecho Internacional Privado”**. Editorial Recuil des Cours Edición. París 1989 Francia.
171. MEDICUS, Dieter. **“Tratado de las relaciones Obligatorias”**. II Tomos. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. 1995
172. MESSINEO, Francesco. **“Doctrina General del Contrato”**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1986 I y II Tomos.
173. MEZGER, Ernest. **“Derecho Internacional Privado”**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1996 I y II Tomos.
174. MONROY CABRAM Marco Gerardo. **“Tratado de Derecho Internacional Privado”**. Editorial Temis 1995 Santa Fe de Bogota-Colombia.
175. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **“Derecho Internacional Privado”**. **Introducción y Parte general –Parte Especial”**. Tomos I y II. 8° Edición Madrid 1979
176. MONFORT FERRERO, Maria Jesús. **“La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2000 España.
177. MORAN GARCÍA, Manuel Eduardo. **“Derecho de los Mercados Financieros internacionales”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2002 España.
178. NEHAUS Paul Henrich. **“Derecho internacional Privado”**. Editorial Leipzig. “2da. Edición. Berlin 1923 Alemania.
179. NEUMAYER, Karl. **“Derecho internacional Privado”**. Editorial W. de Gruyter. Berlin 1962 Alemania
180. NIBOYET, Jean Paúl. **“Principios de Derecho Internacional Privado”**. Editorial Reus. Madrid 1928

181. NIETO BLANC, Ernesto E. **"Orden Publico"**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960 Argentina.
182. NINO, Carlos Santiago. **"Introducción al análisis del Derecho"**. Editorial Rastrea. Buenos Aires 1993.
183. NINO, Carlos Santiago. **"Derecho Moral y Política"**. Ariel Derecho. Barcelona 1994.
184. NUSSBAUM, Arthur. **"Adiciones a la Historia del Derecho Internacional"**. J.C.M. Mohr. Madrid S.F 1989.
185. OJEDA AVILES, Antonio. **"La Renuncia de derechos del trabajador"**. Instituto de estudios Politicos. Madrid 1981-España.
186. ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomas. **"Derecho internacional Privado"**. Servicio de publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense. Madrid 1990.
187. O DE ROA, Julio. **"Del orden publico en el Derecho positivo"**. Editorial J. Menendezs. Buenos Aires 1926-Argentina.
188. **"Enciclopedia Jurídica Omeba"**, Buenos Aires, Argentina.
189. PALOMBELLA, Gianluigi. **"Filosofía del Derecho"**. Editorial Tecnos. Madrid 1999-España.
190. PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. **"El Nuevo derecho Internacional de los Contratos"**. Univ. Externado de Colombia Bogota. 2002, Colombia
191. PELLISE CAPELL, Jume. **"La <Explotación abusiva> de una posición dominante"**. Estudios de derecho Mercantil Editorial. Civitas 1era. Edición 287 pp. Madrid 2,002-España.
192. PILLET, Antoine. **"Principios de derecho Internacional Privado"**. Editorial Reus-Trad. Esp. Madrid 1923 España
193. PILLET, Antoine. **"Manual de derecho Internacional Privado"**. Niboyet Jean Paul Editorial Reus-Trad. Esp. Madrid 1923 España
194. PHILIPPE LE TOURNEAU. **"La responsabilidad Civil"**. Editorial LEGIS Medelli 2,004 Colombia
195. PÉREZ LUÑO, Antonio E. **"Los derechos Fundamentales"**. Editorial Tecnos s.f. Madrid. 1991 España.
196. PÉREZ LUÑO, Antonio E. **"La Seguridad Jurídica"**. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1991 España.

197. PÉREZ NIETO, Leonel. **"Derecho internacional Privado"**. Harla 5ta. Edic. 561pp. México D.F. 1991.
198. POSNER, Richard A. **"El Análisis económico del Derecho"**. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
199. POTHIER, Robert Joseph. **"Tratado de las Obligaciones"**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1993 Argentina.
200. PRIETO SANCHÍS, Luís. **"Ideología e Interpretación Jurídica"**. I Tomo. Editorial. "Tecnos" Madrid. 1993
201. QUADRI, Rolando. **"Lecciones de Derecho Internacional Privado"**. Ed. Liguori 5ta. Edic. Napoles 1969 Italia.
202. RAAPE, Leo. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial por F.Sturm. Berlin 1977 Alemania.
203. RADBRUCH, Gustav. **"Introducción a la Filosofía del Derecho"**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México 1989
204. RAMÓN DE ORUE Y AREGUI, José. **"Manual de Derecho Internacional Privado"**. Editorial Reus. Madrid 1952 España.
205. RAWLS, John. **"Teoría de La Justicia"**. I Tomo. Fondo de Cultura Económica 1997 México.
206. REALE Miguel. **"Introducción al Derecho"**. Ediciones Pirámide S.A. Madrid. 1984 España
207. REMIRO BROTONS, Antonio y otros. **"Derecho Internacional"**. McGraw-Hill Interamericana. Madrid. 1997 España.
208. RESTREPO HERNANDEZ, Julián. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Minerva. Bogota 1928 Colombia.
209. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. **"Exposición de Motivos del Código Civil de 1984"**, Tomo VI, Tercera Edición. Set. 1988, 1053 Págs., Lima-Perú.
210. RIGAUX, Francisco. **"Derecho internacional Privado"**. Parte general. Editorial Civitas. Madrid 1985 España.
211. RIPERT, Georges. **"El régimen Democrático y el derecho civil moderno"**. Editorial José M. Cajica. Puebla México 1951. **"El orden económico y la libertad Contractual "**. Editorial José M. Cajica. Puebla México 1954.

212. RISOLIA, Marco Aurelio. **“Orden público y derecho privado positivo”**. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Libro Homenaje a Enrique Martínez Paz. Buenos Aires 1957 Págs. y ss.
213. RODRÍGUEZ CANO, Alberto Bercovitz. **“Apuntes de Derecho Mercantiles”**. Editorial Aranzadi. Navarra España 2,001.
214. RODRÍGUEZ CANO, Alberto Bercovitz. **“Contratos Mercantiles”**. Editorial Aranzadi. Navarra España 2,001.
215. RUCHELLI, Humberto Fernando. **“El Orden Público”**. Ferrer, Horacio Carlos, Abeledo Perrot Buenos Aires 1991.
216. RUIZ MIGUEL, Alfonso. **“Una Filosofía del derecho en modelos Históricos”**. Editorial Trotta. Madrid. 2,002 España.
215. ROGUIN Ernesto. **“La ciencia jurídica pura”**. Editorial Trotta. Madrid. 2001 España.
216. SALERNO, Marcelo U. **“Derecho Civil Profundizado”**. Edición Ciudad Argentina-1998.
217. SALVAT, Raymundo M. **“Tratado de Derecho Civil Argentino”**. Editorial TEA 10ma. Edición. Bs. As. 1958 Argentina.
218. SÁNCHEZ BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio. **“Derecho Internacional Privado”**. La Habana 1931 Cuba.
219. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. **“Garantías reales en el comercio Internacional”**. Editorial Civitas s.f. Madrid 1993 España.
220. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **“Doctrinas Generales del Derecho Civil”**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960
221. SANTOS BALANDRO, Ruben B. **“El derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”**. Editorial Fundación de Cultural Universitaria. Segunda edición. Montevideo 1998 Uruguay.
222. SANZ ELGUERA, Julio. **“Introducción a la Ciencia”**. Amaru Editores Primera edición. Lima 1987 Perú.
223. SAMTBLEN, Jorgen. **“Del Derecho Internacional Privado En América Latina”**. Ediciones Depalma Bs. As. 1983
224. SAVIGNY, Karl Von. **“Sistema de Derecho Romano Actual”**. Editorial Marcial Pons. Madrid 2,004-España
225. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. **“Cláusulas Abusivas en la Contratación”**. Editorial Aranzadi S.A. Navarra España 2,002.

226. SILVA, Jorge Alberto. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Porrúa México. 1999.
227. SMITH, Juan Carlos. **"Carácter, función y relatividad de los principios. Generales del derecho"**. La Ley 1981-D-1203/1216.
228. SOLODONIKOFF, Pierre. **"De paso por el derecho Civil frances"**. Recueil de Cours. París 1934 Francia.
229. STOLFI, Giuseppe. **"Teoría del Negocio Jurídico"**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1992 España.
230. SURVILLE G. **"Elements d'un tours de droit Civil Francaise"**. Recuil des tours. París 1934 Francia.
231. SZASZY Istvan. **"Privado Internacional ley en paises Socialista"**. Alejandria. París 1940 Francia.
232. TEXEIRO VALLADAO, Haroldo. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Trillas 2da Edición. México D.F. 1987 México.
233. TORRES CAMPOS, M. **"Lecciones elementales de derecho Internacional Privado"**. 3° Edic. Valadolid 1900-España
234. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **"Código Civil"**. 3° Edic. Lima 1993
235. TORRE, Abelardo. **"Introducción al Derecho"**. Editorial Perrot. Buenos Aires 1991. Argentina.
236. TRIAS DE BES, Jose M. **"Derecho Internacional Privado"**. 1 Edición. Barcelona 1940. España.
237. UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. **"Historia de las Constituciones del Perú"**. Editorial Andina s.f. Lima 1978 Perú
238. VON JHERING, Rudolf. **"La Dogmática Jurídica"**. Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1946.
239. URÍA, Rodrigo. MENÉNDEZ, Aurelio. **"Curso de Derecho Mercantil"**. II Tomos Editorial Civitas S.A. 1era. Edición Madrid, 1999.
240. WOLFF; Martín. **"Derecho Internacional Privado"**. Casa Editorial Bosch- España 1958.
241. WEINBERG DE ROCA; Inés Martín. **"Derecho Internacional Privado"**. Lexis-Nexis Depalma Bs.As. Argentina 2002.
242. YANGUAS MESSÍA, José. **"Derecho Internacional Privado"**. Editora Reus S.A I. Madrid 1971 España.

243. VEGA GARCIA, Enrique. **"Derecho Internacional Privado"**. Ediciones BLGa. Lima 1980 Peru.
244. VESCOVI, Enrique. **"Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica"**. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1988 Argentina.
245. VICO, Carlos M. **"Curso de Derecho Internacional Privado"**. Biblioteca Jurídica. Buenos Aires 1967 Argentina.
246. VIERA, Manuel A. **"Derecho Internacional Privado"**. Fundación de cultura Universitaria 1987. Montevideo-Uruguay.
247. WATCHER A. **"Derecho Internacional Privado"**. Editorial Reus. Madrid 1890 -España.
248. WEISS, Andre. **"Tratado teorico y practico de Derecho Internacional Privado"**. Larose et Forcel 2da. Edic. París 1907-1913 Francia.
249. VITTA, Eduardo. **"Derecho Internacional Privado"**. Unione Tipografica. Torino 1972 Italia.
250. VON IHERING, Rudolp. **"El espíritu del Derecho Romano"**. Revista de Occidente. Buenos Aires 1967 Argentina.
251. ZITELMANN, Ernest. **"La clausula de Reserva Internacional Privado"**. Leipzig, Duncker und Humboldt. Leipzig 1912 Alemania. **"Derecho Internacional Privado"**. Edit. Aros. Bs. As. 1967 Argentina.

#### **- HEMEROGRAFIA**

1. JAYME, Erick. **"Derecho Internacional Privado"**. Editora Reus s.f. I. Madrid 1971 España.
2. LEÓN BARANDIARAN HART, José. "Consideraciones sobre el Orden Publico en el Derecho Internacional". **"Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi"** Cultural Cuzco Sal. Lima 1989 Perú.
3. Instituto Max Planck. **"Avances del Derecho internacional Privado en América Latina"**. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo 2,002 Uruguay.
4. Revista del Magíster en Derecho Civil PUCP. **"Un estudio comparado de las cláusulas generales de Contratación en los Sistemas jurídicos Argentino y peruano"**. Volumen 2-3 1998-1999

5. Angulo Rodríguez Miguel. **“Objeto Contenido y pluralidad Normativa en Derecho internacional Privado”**. REDI volumen XXIII. Madrid 1970 España.
6. Abarca Junco, Ana P. Y Otros. **“Prácticas de Derecho internacional Privado”. Ejercicios y Materiales de apoyo**. Editorial Colex. Madrid 2,001 España.
7. Borda Guillermo. **“Concepto de la ley de Orden Publico”**. La ley Nª 58 Año 1958
8. Del Arco Torres, Miguel A. **“Casos Prácticos de Derecho internacional Privado”. Áreas de derecho Internacional Privado de las Universidades de Granada y Jaen**. Editorial Comares. Granada 1997 España.
9. **Martínez Paz, E.** “Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires”. Set. Oct. 1942 T.XX Nª 5
10. **Morulon E.** “Repeticiones escritas sobre el Código Civil ”. 12 Edic. Nª 95.
11. Ponssa de Miguens Nina Ines. **“Acerca del Orden Publico”**. La Ley- Seccion doctrina. Bs. As. 1978 Argentina.
12. Ortiz-Arce de la Fuente Antonio. **Legislación comercial Internacional**. Edit. Tecnos S.A. 1997. Madrid-España.
13. Orgaz, Alfredo. **Los Limites de la Autonomia de la voluntad**. La Ley 64-224. Bs.As.Argentina
14. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. **“Contratos Internacionales de cooperación industrial”**. Argentina Nro. 51 Año 31
15. Ministerio de Justicia (Ed. Ofi.). **“Código de Derecho Internacional Privado”. Código Bustamante**. Convenios Internacionales. Lima 1994 Perú
16. Sperdutti Giuseppe. **“Sull limite del ordine pubblico”**. Revista de Diritto Internazionale. Milan 1967 Italia.
17. Yaseen Mustapha Revista del Curso de Derecho Internacional. Recueil de Cours 1965 Francia

#### **-.ANEXOS**

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 03 de Octubre del 2,003 sobre la Renta Básica –Telefónica del Perú.